الوسيط

في شرح القانون المدني

الجزء الثالث - المجلد الأول

الأوصاف الحوالة الانقضاء

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

الوسيط
في شرح القانون المدني

الجزء الثالث
نظرية الالتزام بوجه عام

المجلد الاول

أوصاف الالتزام والحوالة

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور فى العلوم القانونية ودكتور فى العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوميه من معهد القانون الدولى بجامعة باريس

قام بتنقيحها واضافه ما جد من تشريع وقضاء وفقه

المستشار
مصطفى محمد الفقي

رئيس محكمة اســـتئناف القاهرة
ونائب رئيس محكمة النقض سابقا

دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت
١٩٨٣

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الثانية

لقد نفدت منذ سنوات طويلة الطبعة الاولى من اجزاء كتاب « الوسيط فى شرح التقنين المدنى الجديد » للمرحوم الاستاذ الكبير الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى ، فنادى رجال القانون فى مصر وفى سائر الدول العربية بحاجتهم الى اعادة طبع هذا المرجع القانونى باعتباره عمادهم الاول فى ابحاثهم وقضائهم .

ابى العلامة الكبير الدكتور السنهورى ان يعيد طبع اجزاء مؤلفه بحالته التى صدر بها منذ سنوات طويلة ، وحرص على ان يعاد اصداره مسايرا لتطورات التشريع والقضاء والفقه ، فشرفنى بتكليفى بمهمة تنقيح واصدار اجزاء مؤلفه الوسيط حتى يظل محتفظا بشبابه ومكانته الرفيعة فى المكتبة القانونيـــــة .

وقد انتهيت من تنقيح واصدار الجزء الاول والجزء الثانى من كتاب الوسيط كلا منهما فى مجلدين ، واليوم اتقدم الى الاخوة رجال القانون فى مصر وسائر الدول العربية بالجزء الثالث وهو يتكون بدوره من مجلدين يبحث أولهما فى اوصاف الالتزام وطرق انتقاله أى الحوالة ، ويبحث ثانيهما فى طرق انقضاء الالتزام . وقد حرصت على ان يصدر مجلدى الجزء الثالث على نهج الجزء الاول والجزء الثانى مدعما بأحدث ما صدر من أحكام المحاكم وما صدر عن الفقهاء من آراء ومسايرا ما طرا على التشريع من تعديلات وما صدر من تقنينات مدنية حديثة فى بعض الدول العربية كالكويت والاردن .

واتعشم ان اكون قد حملت واديت بامانة الرسالة التى شرفنى بها استاذى الجليل وابى الروحى المرحوم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، وحققت له رغبته فى الابقاء على مؤلفه «الوسيط» شامخا ، والله ولى التوفيق

مصطفى محمد الفقى

القســـم الأول

(Modalités des Obligations)

ترتيب البحث

١ — **الالتزام البسيط والالتزام الموصوف :** عندما بسطنا آثار الالتزام فى القسم الثانى من الجزء الثانى من الوسيط كنا نواجه الالتزام فى صورته البسيطة ، فهو التزام بسيط لم يلحقه وصف ما . ولكن الالتزام قد تلحقه أوصاف متنوعة فى عناصره المختلفة . وعناصر الالتزام ثلاثة : ١ — رابطة قانونية (juris vinculum) تربط المدين بالدائن . ٢ — محل الالتزام (objet de l'obligation) . وهو الشىء الذى يلتزم المدين بأدائه للدائن . ٣ — طرفا الالتزام (subjet de l'obligation) وهما الدائن والمدين . والالتزام الذى بسطنا آثاره فيما تقدم هو الالتزام فى صورته البسيطة فى كل عنصر من هذه العناصر : الرابطة القانونية فيه وجودها محقق ونفاذها فورى ، وله محل واحد ، وكل من طرفيه واحد لايتعدد . ولكن قد يلحق الالتزام فى أحد هذه العناصر الثلاثة وصف (modalité) يكون من شأنه أن يعدل من هذه الآثار ، فيكون الالتزام موصوفا (١) .

وهذا الوصف اما أن يلحق العنصر الاول من عناصر الالتزام ، رابطة المديونية ، فتعلق هذه الرابطة على شرط ويصبح وجودها غير محقق ، ويسمى هذا الوصف بالشرط (condition) . أو يتراخى نفاذ الرابطة الى أجل ، ويسمى هذا الوصف بالاجل (terme) .

---

(١) أما اذا لم يلحق الوصف عنصرا من عناصر الالتزام ، فلا يكون الالتزام موصوفا ، بل بسيطا منجزا . ومن ثم لايعتبر موصوفا الالتزام المضمون برهن أو بحق امتياز أو بكفالة أو بنحو ذلك ، ولا الالتزام غير معلوم القيمة ، ولا الالتزام التبعى كالتزام الكفيل ، فهذه كلها التزامات بسيطة منجزة ، وأن كان لكل منها خصوصية متميزة (أنظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٣ — فقرة ٦٩٤) .

فعندنا اذن لعنصر رابطة المديونية وصفان : الشرط والاجـــــل •

واما أن يلحق الوصف العنصر الثانى من عناصر الالتزام ، وهـــو المحل • فلا يكون هذا المحل واحداً ، بل يتعدد (pluralité d'objets). والتعدد اما أن يكون جمعيا (conjoint) ، أو تخييريا (alternatif) ، أو بدليا (facultatif) • فعندنا اذن لعنصر المحل أوصـــاف ثلاثة : وصف الجمع فى الالتزام متعدد المحل (obligation conjointe) ، ووصف التخيير فى الالتزام التخييرى (obligation alternative) ، ووصف البدل فى الالتزام البـــدلى (obligation alternative) •

واما أن يلحق الوصف العنصر الثالث من عناصر الالتزام ، فيتعدد أحد الطرفين الدائن أو المدين أو يتعدد كلاهما (pluralité de sujets) • وتعدد كل من الدائن أو المدين قد يكون من غير تضامن أو يكون بطـــريق التضامن (solidarité) • وقد يتعدد الدائن أو المدين فى التزام يكون غير قابل للانقسام (indivisible) • فعندنا اذن لعنصر طرفى الالتزام أوصاف ثلاثة : تعدد الطرفين فى غير تضامن (١) ، وتعددهما بطـــريق التضامن ، وعدم القابلية للانقسام (٢) •

---

(١) ويتعدد الدائن والمدين ، فى غير تضامن أيضا ، فى الدعوى المباشرة على النحو الذى بيناه عند الكلام فى هذه الدعوى (الوسيط ٢ فقرة ٥٦٣ وما بعدها) ، والوصف فى هذه الحالة مصدره القانون .

(٢) والوصف أمر عارض (accidentel) يضـــاف الى الالتزام بعد أن يستوفى هذا أركانه . فلو رفع عنه لارتفع دون أن يزول الالتزام ، بـــل يبقى دون وصف فى صورته البسيطة . فلو مس الوصف ركنا من أركان الالتزام لما كان أمرا عارضا ولزال الالتزام بزواله ، فلا يعتبر وصفا . ويترتب على ذلك : ١ — أن السبب اذا لم يوجد فى الالتزام المجرد (obligation abstraite) فليس هذا وصفا ، اذ أن الامر متعلق بركن فى الالتزام • ٢ — ان العقـــود الزمنية — كعقد الايجار وعقد العمل وعقد التوريد — ليست عقودا موصوفة ، لان الزمن عنصر من عناصر المحل ، والوصف لايكون عنصرا فى الركن بل هو عنصر عارض كما قدمنا .

٢ — موضوعات هذا القسم : فالكلام اذن فى أوصـــاف الالتزام يكون فى ثلاثة أبواب متعاقبة :

الباب الاول — فى الشرط والاجــل .

الباب الثانى — فى تعدد محل الالتزام : الالتزام متعددة المحل ، والالتزام التخييرى ، والالتزام البدلى .

الباب الثالث — فى تعدد طرفى الالتزام : التعــدد بغـير تضامن ، والتعدد بطريق التضامن ، وعدم القابلية للانقسام (١) .

---

(١) وقد راينا فى مستهل الجزء الثانى فى الوسيط ، عند الكلام فى اقامة نظـرية الالتزام على فكـرة التصرف القانونى والواقعة المادية ، أن ترتيب البحث على هذا الأساس يجعلنا نعالج أوصاف الالتزام فى باب أركان التصرف القانونى ، ويكون كل من الشرط والأجل والتضامن وعدم القابلية للانقسام **وصفا من أوصاف الارادة ، كما يكون بحث الالتزام التخييرى والالتزام البدلى** عند الكلام فى المحل وتعدده (الوسيط ٢ ص ٩) . ولكن يلاحظ عـلى هذا الترتيب ان الأوصاف المتقدمة الذكر لا تلحق الالتزام الارادى وحده ، بل هى أيضا تلحق الالتزام غير الارادى . فالأولى اذن أن تبقى أوصاف الالتزام فى نطاق نظرية **الالتزام فى ذاته ، لا ان تنتقل الى نظرية المتصرف القانونى ،** ما دامت هذه الأوصاف تلحق الالتزام أيا كان مصدره ، تصرفا قانونيا كان هذا المصدر او واقعة مادية .

على انه يغلب أن يكون الشرط والأجل وصــفين فى الالتزام الارادى دون غيره . ومن ثم ذهب فريق من الفقهاء الى أن الشرط والأجل هما قيدان على اثر الارادة ، فيكون جزءا منها . وفى هذا تجوز لا محل له . والصحيح أن كل التزام ارادى هو التزام أريد فى أركانه الثلاثة وفى عناصره العارضة ، فالشرط والأجل ، كالمحــل والسبب ، ليست أجــزاء من الارادة ، بل هى عناصر مستقلة عنها ، والارادة تتعلق بها جميعا .

الباب الاول

الشرط والاجل

٣ — التقنين المدنى الجديد والتقنين المدنى السابق : احتوى التقنين المدنى الجديد على نصوص عدة فى كل من الشرط والاجل .

فقد عالج الشرط ، فى المواد من ٢٦٥ الى ٢٧٠ ، علاجا اذا كان قد اقتصر فيه على القواعد الاساسية ، فقد رتب هذه القواعد ترتيبا منطقيا وأحكم وضعها ، ولكنه لم يخرج فيما وضعه من القواعد عما احتواه التقنين المدنى السابق . وقد استبقى التقنين الجديد التصوير اللاتينى للشرط ، لاسيما فيما يتعلق بأثره الرجعى .

وعالج الاجل ، فى المواد من ٢٧١ الى ٢٧٤ ، علاجا ضبط به حدود أحكام الاجل ، وهذب فى نصوص التقنين السابق ، وكانت هذه أكثر اقتضابا فيما يتعلق بالاجل منها فيما يتعلق بالشرط . فأزال التقنين الجديد فى نصوصه ما علق بالنصوص القديمة من غموض وابهام ، لاسيما فى أسباب انقضاء الاجل ، وفى تعجيل الوفاء بالدين ، وفيما جرى به العرف من الدفع عند المقدرة أو الميسرة (١) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :
« خلا التقنين المصرى الراهن (السابق) الا من قلة من النصوص بشأن الشرط . وقد أسهب المشروع فى هذا الصدد ، رغم اقتصاره على القواعد الاساسية واخذ كثيرا من الاحكام عن المشروع الفرنسى الايطالى ، وقد أتيح له بذلك ان يبقى على التصوير اللاتينى لفكرة الشرط ، ولاسيما فيما يتعلق باستناد اثره . ولم يستحدث المشروع شيئا جوهريا فيما يتعلق بالاجل . ومع ذلك فهو لم يغفل فى هذه الناحية عن ضبط حدود بعض الاحكام ضبطا ينطوى بغير شك على تحسين أو تهذيب فى نصوص التقنين الراهن (السابق) ، وهى بعد أكثر اقتضابا فيما يتعلق بالاجل منها فيما يتعلق بالشرط . فلم يفرد هذا التقنين لاحكام الاجل سوى نصين قاصرين ابترين ، لايلمح فيهما اثر للكلف أو العناية بعرض صورة جامعة كاملة المعالم . وقد تناول المشروع هذه =

والشرط هو أمر مستقبل غــير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله . فاذا كان وجــود الالتزام هــو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط واقفا . أما اذا كان الالتزام قد وجــد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط فاسخا .

والاجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه نفــاذ الالتزام أو انقضاؤه . فاذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على حــــلول الاجل ، كان الاجل واقفا . أما اذا كان الالتزام قد صار نافذا فعلا وكان زواله هو المترتب على حلول الاجل ، كان الاجل فاسخا .

فالفرق الجوهرى ما بين الشرط والاجل هــو اذن تحقق الوقوع ، وعدم تحققه : كلاهما أمر يقع فى المستقبل [١] ، ولكن الأجــــل محقق الوقوع ، أما الشرط فوقوعه غير محقق [٢] .

ونتناول فى فصلين متعاقبين الشرط والاجل .

= الاحكام ، ونهج فى تنظيمها نهجا منطقيا . وعرض كذلك لطائفة من المسائل لم تعن النصوص القائمة بازالة ما يكتنفهــا من الشــك والابهام . وأخص هذه المسائل أسباب انقضاء الاجل وتعجيل الوفاء بالدين وما جرى به العرف من الاتفاق على الدفع عند المقدرة أو الميسرة ، (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٥) .

(١) وكل من الشرط والاجل هو النافذة التى يطل منها النظام القانونى على المستقبل ، فالنشاط القانونى لايستطيع أن يقتصر على الحاضر ، بل لابد أن يمتد الى المستقبل . فان أبسط حاجات الانسان تقتضى منه ذلك ، وتدفعه اليه دفعا . وكثير من العلاقات القانونيــة لايمكن البت فيهــا الا فى ظروف وملابسات غير محددة ، والمستقبل وحده هو الذى يكشف عنها . ولايصل القانون الى تحقيق ذلك الا عن طريق الشرط والاجل ، فكلاهما أمر مستقبل يرد اليه مصير العلاقات القانونية ، وعن هذا الطريق يستطيع الانســان أن يتحكم فى المستقبل (انظر فى هذا المعنى اهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ص ١٦٢ — ص ١٦٣) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ — ص ٤٧٢ .

الفصـــــل الاول

الشــــــرط (*)

(La Condition)

٤ ــ **قيام الشرط والآثار التى تترتب عليه :** نبحث فى الشرط أمرين:

(أولا) قيام الشرط ، ونعنى بذلك : ١ ــ مقومات الشرط ٢ ــ نوعى الشرط الواقف والفاسخ ٣ ــ المصدر المنشىء للشرط وأى الحقوق يلحقها وصف الشــــرط .

(ثانيا) ما يترتب على الشرط بعد قيامه من الآثار .

(*) **مراجع : أوبرى ورو** (Aubry et Rau) **وبادتان** (Bartin) طبعة سادسة ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٧ ــ ص ١٢٤ ــ بودرى وبارد (Baudry et Barde) طبعة ثانية ٢ فقرة ٧٤٣ ــ فقرة ٩٦٧ ــ بنكاز (Bonnecase) ، فقرة ٦٢٦ وما بعدها ــ بلانيول وريبير وجابولد (Planiol, Ripert et Gabolde) طبعة ثانية ٧ فقرة ١٠٢٤ ــ فقرة ١٠٤٦ ــ بيدان ولاجارد (Beudant et Lagarde) طبعة ثانية ٨ فقرة ٧٢٣ ــ فقرة ٧٦٢ وفقرة ٧٧٨ ــ فقرة ٧٩٦ ــ جان دى **جارو لا ميشينى** (jean du Gurreau de la Méchenie) فى انسيكوبيدى داللوز (Encyclopédie Dalloz) لفظ (Condition)
جارو لا ميشينى (Bartin) فى نظرية الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للاداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٧ ــ لبلتييه (Lepelletier) فى الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للاداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٩ ــ للوتر (Leloutre) رسالة من كان سنة ١٩٠٤ ــ دى لوان (De Loynes) فى الملكية المعلقة على شرط فاسخ رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ ــ ايجو (Eygont) فى الاثر الرجعى لتحقيق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ــ تيودرسكو (Théodoresce) فى نظرية الشرط **الارادى فى عقود المعاوضة رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ ــ فلدرمان** (Filderman) رجعية الشرط فى الاتفاقات رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ .
وعند الاشارة الى المؤلفات التى تكرر طبعها نشير الى التى ذكرناها هنا .

الفــرع الأول
قيــام الشــرط

المبحث الأول

مقومــــات الشرط

٥ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٦٥ من التقنين المدنى على مــا يأتى :

« يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجــوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » .

وتنص المادة ٢٦٦ على ما يأتى :

« ١ — لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هــذا اذا كان الشرط واقفا . أمــا اذا كان فاسخا ، فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم » .

« ٢ — ومع ذلك لا يقوم الالتزام الــذى علــق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو للنظام العام ، اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » .

وتنص المادة ٢٦٧ على ما يأتى :

« لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعــل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم » (١) .

---

(١) **تاريخ النصوص :**

م ٦٢٥ : ورد هذا النص فى المادة ٣٨٥ مــن المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعــة وأصبح المادة ٢٧٧ فى المشروع النهائى . وافــق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٥ (مجموعة الأعمال التحضــيرية ٣ ص ٦ ص ٨) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٣/١٥٧ (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٦٥ — ٢٦٧ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٥٢ — ٢٥٤ ، **وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٢٨٥ — ٢٨٧ ، وفى** تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٨١ — ٨٧ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٣٢٣ — ٣٢٥ ، وفى التقنين المدنى الاردنى من ٣٩٣ — ٣٩٧ (٢) .

= م ٢٦٦ : ورد هذا النص ٣٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد . واقرته لجنة المراجعة ، واصبح المادة ٢٧٨ فى المشروع النهائى .

ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨ — ص ١٠) .

م ٢٦٧ : ورد هذا النص فى المادة ٣٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد . واقرته لجنة المراجعة ، واصبح المادة ٢٧٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم رقم المادة ٢٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ — ص ١٣) .

(١) التقنين المدنى السابق م ١٥٧/١٠٣ : يجوز ان يكون التعهد معلقا على أمر مستقبل أو غير محقق يترتب على وقوعه او عدمه وجود ذلك التعهد أو تأبيده أو منع وجوده أو زواله .

(ويلاحظ الخطأ المادى الوارد فى هذا النص من أن التعهد المشروط هو الذى يكون معلقا على أمر مستقبل أو غير محقق . والصحيح انه يكون معلقا على أمر مستقبل غير محقق ، وقد تجنب التقنين المدنى الجديد هذا الخطأ المادى فلم يعطف الاستقبال على عدم تحقق الوقوع « بأو » ، بل جمع بين الوصفين للافصاح عن وجوب تلازمهما : المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ — والتون ٢ ص ٣٤٠ — استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٢) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٢٦٥ — ٢٦٧ (مطابقة للمواد ٢٦٥ — ٢٦٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٥٢ — ٢٥٤ (مطابقة للمواد ٢٦٥ — ٢٦٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٨٥ : العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة الى وقت مستقبل ، ويقع حكمه فى الحال =

ويتخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن للشرط مقومات ثلاثة :
١ ـ فهو أمر مستقبل ٢ ـ غير محقق الوقوع ٣ ـ وغير مخالف للنظام

= م ٢٨٦ ـ ١ : العقد المعلق هو ما كان معلقا على شرط واقف او فاسخ ٠ ٢ : ويشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود ، لا محققا ولا مستحيلا ٠

م ٢٨٧ ـ ١ : اذا علق العقد على شرط مخالف للنظام العام او الآداب، كان باطلا اذا كان هذا الشرط واقفا ، فان كان فاسخا كان الشرط نفسه لغوا غير معتبر ٠ ٢ : ومع ذلك يبطل العقد الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب او للنظام العام اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد ٠

(ولا فرق فى الأحكام مابين التقنين المصرى والعراقى ، غير أن أسلوب التقنين العراقى مقتبس من تعبيرات الفقه الاسلامى ، ولم يرد فى التقنين العراقى نص فى الشرط الارادى المحض) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨١ : الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب او سقوطه ، ويكون له مفعول رجعى الا اذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين او من ماهية الموجب . وفى الحالة الأولى المشار اليها فى الفقرة السابقة يقال له شرط التعليق ، وفى الحالة الثانية يسمى شرط الالغاء . ان العارض الماضى او الحاضر ، وان جهله الفريقان ، لايعد شرطا بالمعنى المقصود فى هذه المادة .

م ٨٢ : ان اشتراط الشىء المستحيل أو المخالف للآداب أو للقانون باطل ومبطل للاتفاق المعلق عليه ٠ وان صيرورة الشرط ممكنا فيما بعد من الوجه المادى او الوجه القانونى لا تجعل الاتفاق صحيحا . بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك ، اى ان الشرط المستحيل أو غير المباح يعد كأنه لم يكتب ، اذا كان الفريقان لم يجعلا له شأنا جازما ولم يكن له فى التعاقد شأن السبب الدافع الحامل على انشاء الموجب .

م ٨٣ : باطل كل شرط من شأنه ان يقيد أو يمنع استعمال الحقوق المختصة بكل انسان كاستعمال حقوقه فى الزواج او حقوقه المدنية . غير أن هذا الحكم لايسرى على الحالة التى يحبس فيها أحد الفريقين نفسه عن ممارسة صناعة او مهنة ما فى زمن معين او مكان محدود ٠ اما شرط بقاء الترمل فيكون صحيحا اذا وجد مايصوبه من الأسباب المشروعة ، وحق تقديرها يعود الى القاضى .

م ٨٤ : يكون الموجب باطلا اذا جعل وجوده موقوفا على ارادة الموجب عليه وحدها (وهو الشرط الارادى المحض) . غير أنه يحق للفرقين أو لاحداهما أن يحفظ لنفسه حق التصريح فى مهلة معينة انه يريد البقاء على العقد او فسخه ٠ وهذا التحفظ لا يجوز اشتراطه فى الاعتراف بالدين ولا فى الهبة ولا فى اسقاط الدين ولا فى بيع السلم ٠

م ٨٥ : اذا لم تعين المهلة فى الحالة المنصوص عليها فى المادة السابقة، فكل فريق يمكنه أن يوجب على الفريق الآخر التصريح بقراره فى مهلة =

العام ولا للآداب . وهناك مقوم رابع ، هو أن الشرط أمر عارض اضافى يمكن تصور الالتزام بدونه . وهذه ظاهرة عامة فى أوصـــاف الالتزام ، ولكنا آثرنا أن نذكرها فى الشرط لأهميتها بالنسبة اليه ، اذ هى التى تميز بين الحق المشروط والحق الاحتمالى .

ونستعرض الآن هذه المقومات الأربعة .

= كافية . واذا انقضت المهلة ولم يصرح ذلك الفريق برغبته فى فسخ العقد ، أصبح العقد نهائيا من تاريخ انعقاده . واذا صرح جليا للفريق الآخر برغبته فى فسخ العقد ، عد الاتفاق كأنه لم يكن .

م ٨٦ : اذا توفى قبل انقضاء المهلة الفريق الذى احتفظ بنفسه بحـــق الفسخ ولم يكن قد أفصح عن مشيئته ، كان لورثته الحق فى ابقاء العقد أو فسخه فى المدة التى كانت باقية لمورثهم . واذا اختلف الورثة فالذين يريدون البقاء على العقد لا يمكنهم اجبار الاخرين على قبوله ، ولكن لهم أن يتخذوا العقد كله لحسابهم الخاص .

م ٨٧ : اذا جن الفريق الذى احتفظ لنفسه بحق الفسخ أو فقد الاهلية الشرعية بسبب اخر ، فالمحكمة ، بناء على طلب الفريق الاخر أو غيره مـــن ذوى العلاقة ، تعين وصيا خاصا لهذا الغرض ، فيقرر بترخيص من المحكمة ما اذا كان هناك محل لقبول العقد أو لفسخه حسبما تقتضيه مصلحة فاقـــد الاهلية . أما فى حالة الافلاس فيتولى الوصاية حتما وكيل التفليسة أو غيره من ممثلى جماعة الدائنين .

(والاحكام المقررة فى التقنين اللبنانى تتفق فى جملتها مع الاحـــكام المقررة فى التقنين المصرى ، غير أن التقنين اللبنانى جاء أكثر أفاضـــة فى التفصيلات على ما رأينا ، ولا سيما فيما يعرف فى الفقه الاسلامى بخيـــار الشرط ، فقد نظمه تنظيما تشريعيا مستفيضا) .

التقنين المدنى الكويتى : م ٣٢٣ ــ ٣٢٥ (متفقة مع احكام المواد ٢٦٥ ــ ٢٦٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى : م ٣٩٣ : الشرط التزام مستقبل يتوقف عليـــه وجود الحكم أو زواله عند تحققه .

م ٣٩٤ : التصرف المنجز هو ما تم بصفة مطلقة غير مقيدة بشـــرط أو مضافة الى زمن مستقبل ويقع حكمه فى الحال .

م ٣٩٥ : التصرف المعلق هو ما كان مقيدا بشرط غير قائم أو بواقعـــه مستقبله ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط وعندئذ ينعقد سببا مفضـــيا الى حكمه .

م ٣٩٦ : يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدومـــا على خطر الوجود لا متحققا ولا مستحيلا .

م ٣٩٧ : يبطل التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد الا اذا تحقق الشرط .

(وهذه المواد متفقة فى مجموعها مع أحكام المـــواد ٢٦٥ ــ ٢٦٧ من التقنين المدنى المصرى) .

١ ــ أمــر مســتقبل

٦ ــ يجب أن يكون الشرط أمرا مستقبلا : يجب أن يكــون الشرط أمرا مستقبلا (événement futur) . فاذا وعد شخص آخــر بجائزة اذا عثر على مال له مفقود ، أو وعد أب ولده بجائزة اذا نجح فى الامتحان ، أو وعد الأب ابنه بأن يهب له منزلا اذا تزوج ليهيىء له أمر سكناه ، فكل من العثور على المال المفقود والنجاح فى الامتحان والزواج أمر مستقبل ، ومن ثم كان كل من الالتزام بالجائزة أو الهبة التزاما معلقا على شرط ، اذ يتوقف وجوده على تحقق هذا الشرط .

واذا أوصى زوج لزوجته بدار تســكنها على أن تتفرغ لتربيــة أولادها منه فلا تتزوج بعده والا فسخت الوصية ، أو باع شخص أحد متجريه واشترط على المشترى أن يكون البيع مفسوخا اذا نافســه فى المتجر الآخر الذى استبقاه ، فكل من الزواج فى المثل الأول ومن المنافسة فى المثل الثانى أمر مستقبل ، ومن ثم كانت الالتزامات المترتبة على كل من الوصية والبيع معلقة على شرط ، اذ يتوقف زوالها عــلى تحقق هذا الشرط .

٧ ــ لا يجوز أن يكون الشرط أمرا ماضيا أو حاضرا : فلابد اذن أن يكون الشرط أمرا مستقبلا . أما اذا كان أمرا ماضيا أو حــاضرا فهو ليس بشرط ، حتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل ما اذا كان الأمر الماضى قد وقع أو لم يقع ، أو ما اذا كان الأمر الحاضر واقعا أو غير واقع . فلو أن الواعد بالجائزة ، فى المثل المتقدم ، وقت أن وعد بها كان الموعود له قد عثر على المال المفقود ولا يعلم الواعد ذلك ، فالتزام الواعد بالجائزة التزام منجز غير معلق على شرط ، وهو واجب الوفــاء فى الحال . ولو أن الأب الذى وعد ابنه بجائزة اذا نجح فى الامتحان كان وقت أن وعد بها لا يعلم أن نتيجة الامتحان قد ظهرت بالفعل وأن ابنه قد رسب ، فالتزام الأب باعطاء ابنه الجائزة التزام لم يوجد ولن يوجد ، فهو التزام غير موجود أصلا منذ البداية وليس التزاما معلقا على شرط.

ولو آن الأب وقت آن وعد ابنه بأن يهب له منزلا اذا تزوج كان لا يعلم أن ابنه قد تزوج فعلا ، فالتزام الأب بالهبة يكون التزاما منجزا غير معلق على شرط ، وهو واجب الوفاء فى الحال(١) .

واعتقاد الملتزم ، فى الأمثلة المتقدمة ، أن التزامه معلق على شرط بينما هو التزام منجز ، بل اعتقاد الطرفين معا ، المدين والدائن ، أن الشرط لم يتبين مآله بعد وأن الالتزام معلق على شرط ، لا يؤثر فى أن الالتزام منجز لو كان هذا الأمر قد تحقق فعلا قبل وجود الالتزام ، أو فى أن الالتزام غير موجود أصلا لو كان هذا الأمر لم يتحقق (٢) .

---

(١) قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٠ ص ٤ - وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فاذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل ، ترتب الالتزام منجزا لا معلقا ، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك : انظر المادة ١١٨١ فرنسى والمادة ٨١ لبنانى » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٧) .

وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٢٤١/٣٠٧) يجعل الهلاك على المشترى اذا كان المبيع مما يوزن او يعد أو يكال أو يقاس ، ووزن أو عد أو كيل أو قيس ولو قبل تسليمه الى المشترى . وقد كان هذا الحكم شاذا ، اذ كان يخرج على القاعدة العامة التى تقضى بأن هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا على المشترى . وقد ازال التقنين الجديد هذا الشذوذ ، فجعل الهلاك على البائع فى الحالة التى نحن بصددها . ومن ثم كانت هناك ، فى التقنين المدنى السابق ، اهمية عملية لاعتبار الالتزام منجزا اذا علق على أمر غير مستقبل فى الفرض الآتى (وتنقله عن الموجز ص ٤٧٣) : شخص يبيع لآخر مائة قنطار من القطن تؤخذ من مخزنه ، ويعلق التزامه على صدور قانون بجواز زراعة القطن فى نصف الزمام ، ويكون هذا القانون قد صدر فعلا وقت البيع وهو يجهل ذلك . فى مثل هذا الفرض يكون التزام البائع - وقد علق على شرط قد تم من قبل - التزاما منجزا ، فلو احترق القطن بعد وزنه وقبل تسليمه للمشترى يكون الهلاك على المشترى (٢٤١-٣٠٧ من التقنين المدنى السابق) . أما اذا كان القانون لم يصدر الى يوم احتراق القطن ، فان الهلاك يكون على البائع ، لان التزامه يكون معلقا على شرط هو صدور القانون وقد صار الوفاء بالالتزام مستحيلا قبل تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقق الشرط بعد ذلك تأثير (م ١٠٦ - ١٦٠) من التقنين المدنى السابق - قرب كولان وكابيتان ، فقرة ٦٤٧ .

(٢) لكن اذا علم الطرفان أن الشرط قد تحقق أو هو متحقق ، ومع ذلك علقا الالتزام عليه باعتبار انه قد يقع مرة أخرى فى المستقبل ، وكانا واهمين فى هذا الظن اذ أن الامر لن يقع بعد ذلك ، فان الشرط يكون فى هذه الحالة أمرا مستحيلا (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٠ هامش رقم ٦) .

٨ — قد يكون الأمر المستقبل أمرا ايجابيا أو أمرا سلبيا — والأمر المستقبل الذى ينطوى عليه الشرط قد يكون أمرا ايجابيا أو أمرا سلبيا • فالأب الذى التزم بأن يهب ابنه دارا اذا تزوج قد علق التزامه على شرط هو زواج ابنه ، وهذا أمر ايجابى • والزوج الذى يوصى لامرأته بدار على شرط ألا تتزوج بعده قد علق الوصية على شرط هو عدم زواج امرأته ، وهذا أمر سلبى •

ولا فرق فى الحكم بين ما اذا كان الشرط أمرا ايجابيا أو أمرا سلبيا ، ولا يكاد يكون للتفرقة أهمية عملية ألا من ناحية تقدير الوقت الذى يعتبر فيه الشرط قد تحقق أو تخلف • ففى الشرط الايجابى تحدد عادة مدة قصيرة اذا لم يتحقق الشرط فيها اعتبر متخلفا ، وفى الشرط السلبى تكون المدة عادة طويلة فالزوجة الموصى لها بالدار بشرط ألا تتزوج بعد موت زوجها عليها ألا تتزوج طول حياتها •

على أن الأمر الواحد — كما يقول بودرى وبارد (١) — قد تكون له ناحية ايجابية وناحية سلبية وهو هو لم يتغير ، فيستطاع وضعه فى صورة شرط ايجابى أو فى صورة شرط سلبى • فاذا التزم شخص لآخر ، وعلق التزامه على شرط هو أن يعيش الملتزم له خارج مدينة القاهرة حتى يبعده عن ملاهيها ، فقد وضع الشرط فى صورة أمر ايجابى • ويستطيع أن يضع نفس الشرط فى صورة أمر سلبى اذا اشترط على الملتزم له الا يعيش فى مدينة القاهرة •

٢ — غير محقق الوقوع

٩ — يجب أن يكون الشرط غير محقق الوقوع : تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٨٦ من التقنين المدنى العراقى : « يشترط لصحة

---

(١) ٢ فقرة ٧٧٦ — وانظر ايضا ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٨٣ — فقرة ٢٨٤ •

التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود ، لا محققا ولا مستحيلا » . وهذا تعبير استعير من الفقه الاسلامى لهذا المقوم من مقومات الشرط . فالشرط يجب أن يكون أمرا غير محقق الوقوع ، وهذا الشك فى وقوع الأمر هو لب الشرط والصميم فيه .

فاذا كان الأمر محقق الوقوع ، فانه لا يكون شرطا . وكذلك لا يكون شرطا أمر مستحيل الوقوع . وانما يكون الشرط أمرا محتمل الوقوع ، لا محققا ولا مستحيلا (١) .

١٠ — لا يكون شرطا الامر محقق الوقوع : فاذا كان الأمر مستقبلا ولكنه محقق الوقوع ، فانه لا يكون شرطا ، بل يكون أجلا كما سبق القول . فاذا أضاف الملتزم التزامه الى موسم الحصاد ، كان الالتزام مقترنا بأجل لا معلقا على شرط ، لأن موسم الحصاد فى المألوف من شئوون الدنيا لابد آت ، فالأمر هنا محقق الوقوع ، فيكون أجلا لا شرطا .

ويكون الأمر محقق الوقوع أجلا حتى لو لم يكن موعد وقوعه محققا ، كالموت . فاذا التزم المشترى بأن يدفع للبائع ثمنا هو ايراد

---

(١) فاذا كان التعهد معلقا نفاذه على حادث فى استطاعة كل من المتعاقدين أن يوجده أو يمنعه ، لم يكن هذا الحادث شرطا (محكمة الاستئناف الأهلية ٤ مايو سنة ١٩٠٥ المحاكم ١٦ ص ٣٤٩٩ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٠) .

والاتفاق على أن يكون ميعاد استحقاق الكمبيالة هو اليوم التالى لمغادرة سفينة الميناء هو اتفاق معلق على شرط لا مضاف الى أجل ، لأن مغادرة السفينة الميناء أمر لا يمكن البت فى وقوعه بتا مطلقا (محكمة الاستئناف المختلطة ٩ يناير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٩ — ٤ — ٦) .

والاتفاق على أن يكون سريان وثيقة التأمين هو اليوم التالى لدفع القسط الأول اتفاق معلق على شرط . ويترتب على ذلك أن مبلغ التأمين يكون مستحقا اذا وقع الحادث المؤمن عليه قبل دفع القسط الأول ، اذا ثبت أن التأخر فى دفع هذا القسط كان جما عن خطأ من شركة التامين نفسها . ذلك لأن تخلف الشرط كان بخطأ المدين ، فيعتبر الشرط متحققا ويكون مبلغ التأمين مستحقا (انظر ما يلى فقرة ٤٣ — وقارن بيدان ولا جارد ٨ ص ٥٢٣ هامش رقم ٢) .

مرتب طول حياته ، فقد جعل المشترى لالتزامه أجلا فاسخا هـو موت البائع ، والموت أمر محقق وان كان لا يعرف متى يقع • والتزام شركـة التأمين على الحياة بأن تدفع مبلغ التأمين الى ورثة المؤمن عليه عند موته هو التزام مضاف الى أجل واقف لا معلق على شرط واقف (١) •

على أن الموت قد يكون شرطا اذا اقترن بملابسات تجعله غير محقق الوقوع فى نطاق هذه الملابسات • فاذا وهب شخص دارا لاثنين عـلى التعاقب بشرط ألا تنتقل الدار الى الثانى الا اذا عاش بعد موت الأول ، فان الهبة الأولى تكون معلقة على شرط فاسخ هو أن يموت الموهوب لـه الأول قبل موت الموهوب له الثانى ، وتكون الهبة الثانية معلقة على شرط واقف هو أن يعيش الموهوب له الثانى بعد موت الموهوب لـه الأول • فالموت فى هاتين الهبتين شرط لا أجل ، اذ اقترن بملابسات جعلته فى كل منهما غير محقق الوقوع • هو محقق الوقوع فى ذاته ، ولكن أن يموت أحد الموهوب لهما قبل الآخر هذا هو الأمر غير محقق الوقوع ، فيصبح الموت فى نطاق هذه الملابسات شرطا لا أجلا •

١١ ــ لا يكون شرطا الأمر مستحيل الوقوع : كذلك لا يكون شرطا الأمر مستحيل الوقوع • فاذا علق الملتزم وجـود التزامـه على أمـر مستحيل استحالة مطلقة ، فان الالتزام لا يوجد أصلا • ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة ، أى أن يستحيل تحقق الشرط بالوسائل المعـروفة للانسان • فاذا وعد شخص آخر باعطائه جائزة اذا وصـل الى المريخ كانت هذه الاستحالة مطلقة ، لأن وسائل الطيران المعروفة حتى اليوم تعجز عجزا مطلقا عن الوصول الى القمر ، وان كان العلماء يتحدثـون عن امكان ذلك فى المستقبل •

أما اذا كانت الاستحالة نسبية فانها لا تعيب الالتزام ، بل يكون فى هذه الحالة قائما يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط • وتعتبر

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٩ •

الاستحالة نسبية اذا غلب على الظن أن تقدم المعارف البشرية تجعل الشرط غير مستحيل الوقوع ، وان كان لم يقع حتى اليوم • فيجوز لشخص أو لهيئة أن تعد بمنح جائزة ، اذا استطاع الموعود له أن يجد علاجا لبعض الأمراض المستعصية التى يوجد لها علاج حتى اليوم •

وكما تكون الاستحالة طبيعية كما رأينا فى الأمثلة المتقدمة ، قد تكون أيضا قانونية (١)• فالالتزام المطلق على شرط أن يبيع المشترط عليه تركة مستقبلة ، أو على شرط أن يتزوج محرما ، أو على شرط أن يطلق زوجته اذا كان الطلاق غير جائز فى شريعته ، لا يكون التزاما قائما ، لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة • والاستحالة هنا استحالة قانونية لا استحالة طبيعية ، اذ بيع التركة المستقبلة باطل ، كذلك الزواج من المحرم ، والطلاق محرم فى شريعة المشترط عليه (٢) •

١٢ — **الشرط الارادى :** وهناك شرط ممكن الوقوع ، ولكن وقوعه يتعلق بارادة أحد طرفى الالتزام ، الدائن أو المدين • ذلك أن الشرط — من حيث تعلقه بارادة طرفى الالتزام — قد يكون شرطا لا علاقة له

---

(١) فمن التزم باعطاء جائزة لسابح اذا عبر المحيط سباحة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة مادية ، ومن التزم باعطاء سمسرة لشخص اذا باع له عينا موقوفة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة قانونية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٠ ص ٤٧٥) . كذلك اذا اشترط شخص على آخر أن يأخذ عقارا بالشفعة ولم يكن المشترط عليه من الشفعاء ، فان الشرط يكون مستحيلا استحالة قانونية .

واذا كان عبور المحيط سباحة يعد مستحيلا استحالة مطلقة ، فان عبور المانش سباحة لا يعد مستحيلا اذ عبره كثيرون ، فاذا اشترطه شخص على آخر ممن لا يجيدون السباحة كانت الاستحالة نسبية بالنسبة الى المشترط اليه ، وكان الشرط صحيحا . ومثل عبور المانش تسلق جبل شاهق .

(٢) واذا كان الشرط وقت اشتراطه ممكنا ، ثم اصبح بعد ذلك مستحيلا ، فانه يكون شرطا صحيحا قد تخلف (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٣٠٢ ص ٩٣ — لوران ١٧ فقرة ٤٢ — هيك ٧ فقرة ٢٤٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٧) .

بهذه الارادة أصلا ، فهـو شرط متروك للمصـادفة (condition casuelle)، مثل ذلك تعليق الالتزام عـلى شرط وصـول الطـائرة سـليمة الى مطار الوصول • وقد يكون شرطا متعلقا بارادة أحد طرفى الالتزام (condition potestative) ، كالزواج فهو متعلق بارادة من يشترط عليه الزواج • وقـد يكـون شرطـا مختلطـا (condition mixte) يتعلق بارادة أحـد طـرفى الالتـزام وبعـامل خـارجى معهـا كمجرد الصدفة أو ارادة الغير ، وذلك كالزواج من شخص معين فهـذا شرط متعلق بارادة من اشترط عليه الزواج وبارادة من اشترط الزواج منـه [١] •

وكل من الشرط المتروك للصـدفة والشرط المختلط شرط صحيح ، لأنه أمر لاهو محقق الوقوع ولا هو مستحيل الوقوع ، اذ أن وقـوعه لا يتعلق بمحض ارادة تحكمية ، وهو حتى اذا تعلق بارادة أحد طـرف الالتزام فانه فى الوقت ذاته يتعلق بأمر خارج عن هذه الارادة يجعل وقوعه محتملا ، لا محققا ولا مستحيلا •

أما الشرط الارادى فهـو اما أن يكـون شرطا اراديـا بسـيطا (condition simplement potestative) أو شرطا اراديا محضا (condition purement potestative) • فالشرط الارادى البسيط يتعلق بارادة أحد طرفى الالتزام ، ولكن هذه الارادة ليست مطلقـة ، بل هى مقيدة بظروفها وملابساتها • فالزواج شرط ارادى يتعلق بارادة الدائن أو المدين ، ولكن ارادة المشترط عليه الزواج ليست مطلقة ، اذ الزواج أمر تحوط به الظروف والملابسات الاجتماعية والاقتصادية • ويقال مثل ذلك عن شرط النجاح فى الامتحان ، بل أن هذا الشرط

= كذلك اذا كان الشرط مستحيلا وقت اشتراطه ولكنه يصبح ممكنا فى ظروف من المألوف توقعها ، فان المفروض أن المشترط نظـر الى احتمـال تحقق هذه الظروف ، فيكون الشرط فى هذه الحالة صحيحا (بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٨) •

(١) أوبرى ورو ٤٣ فقرة ٣٠٢ ص ٨٩ •

يكاد يكون شرطا مختلطا فهو يتعلق بالارادة وبظروف أخرى قد لا يكون للشخص سلطان عليها • ومن ثم يكون الشرط الارادى البسيط شرطا صحيحا ، سواء تعلق بارادة الدائن أو بارادة المدين •

بقى الشرط الارادى المحض ، وهذا اما أن يتعلق بمحض ارادة الدائن أو بمحض ارادة المدين • فان تعلق بمحض ارادة الدائن كان شرطا صحيحا ، وكان الالتزام قائما معلقا على ارادة الدائن ، ان شاء تقاضى المدين الشىء الذى ألزمه به ، وان شاء أحله من التزامه • أما أن تعلق الشرط بمحض ارادة المدين ، فان كان شرطا فاسخا ، كأن يلتزم المدين حالا ويجعل فسخ هذا الالتزام معلقا على ارادته المحضة ، كان الشرط صحيحا وكان الالتزام قائما ، لأن الالتزام لم يعلق وجوده على محض ارادة المدين ؛ فهو اذن قد وجد ، وانما استبقى المدين زمامه فى يده ، ان شاء ابقاه وان شاء فسخه (١) • وان كان الشرط المتعلق بمحض ارادة المدين شرطا واقفا ، كأن يلتزم المدين اذا أراد ، أو يلتزم اذا رأى ذلك معقولا أو مناسبا (٢) ، فهذا شرط يجعل عقدة الالتزام

---

(١) استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠ — كفر الشيخ ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٩ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٦٠ — قارن انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Condition فقرة ١٦ •

(٢) أما اذا التزم شخص على أن يكون الالتزام فى حوود معقولة ، فان هذا الشرط لا يكون اراديا لأن تعيين الحدود المعقولة للالتزام يترك لتقدير القاضى (ديرانتون ١١ فقرة ٢٣ — لارومبيير ٢ فقرة ٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣١٨ — والتون ٢ ص ٣٤٤) . فاذا التزم صاحب المتجر لمستخدمه أن ينفحه آخر العام مبلغا على أن يترك تقدير هذا المبلغ لصاحب المتجر بعينه وفقا للمألوف وفى حدود معقولة ، لم يكن التزام صاحب المتجر معلقا على شرط ارادى ، وعند الخلاف يتولى القاضى تعيين الحدود المعقولة لتقدير هذه النفحة (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٦ — ص ٩٧) •

بل يجوز أن يعلق المدين ، فى عقد ملزم للجانبين ، وجود التزامه على محض ارادته ، ما دام الالتزام المقابل متوقفا على وجود الالتزام الاول ، لأن المدين فى هذه الحالة اذا شاء الا يلتزم حرم من الالتزام المقابل ،فليس له اذن كامل الحرية فى أن يلتزم أو ألا يلتزم • وعلى هذا يخرج بيع المذاق ، فالمشترى لا يلتزم بالثمن الا اذا شاء بمحض ارادته ، ولكنه اذا شاء =

منحلة منذ البداية ، اذ أن الالتزام قد علق وجـوده على محض ارادة المدين ، ان شاء حقق الشرط ومن هنا يكون الشرط محقق الوقوع بمشيئة المدين ، وان شاء جعله يتخلف ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقـوع

= الا يلتزم حرم من المبيع (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٧) . ويذهب بودرى وبادر فى العقد الملزم للجانبين مذهبا آخر ، فيقولان انه اذا التزم احد المتعاقدين من جانبه التزاما معلقـا على محض ارادته كان التزامه باطلا ، اما الالتزام المقابل فيبقى صحيحا ، فينعقد العقد فى هذه الحالة ملزما لجانب واحد لا ملزما للجانبين . فاذا التزم البائع أن يبيع ، والتزم المشترى أن يشترى اذا أراد ، فان التزام البائع ينعقد صحيحا ، ويبطل التزام المشترى لتعلقه على محض ارادته ، فينعقد العقد ملزما لجانب واحد ويكون فى حقيقته وعدا بالبيع . على أن المشترى لا يستطيع فى هـذه الحـالة أن يتقاضى من البائع التزامه الا اذا قام هو من جانبه بالتزامه الذى علقه على محض ارادته ، فيعـود العقد اذا أريد تنفيذه عقدا ملزما للجانبين (بودرى وبارد ٢ فقـرة ٧٨٢) . ونلاحظ على هذا التحليل ان هناك فرقا بين عقد ملزم للجانبين احد الالتزامين فيه معلق على محض ارادة المدين كمبيع المذاق ، وبين عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع . فبيع المذاق ينشىء التزاما بدفع الثمن فى جانب المشـترى ، واذا كان هذا الالتزام معلقا على محض ارادته الا أنه التزام صحيح اذا شاء الا يحرم من البيع ، فاذا اراد المشترى استبقاء الصفقة انعقدت من وقت البيع . وهذا بخلاف الوعد بالبيع ، فهو لايرتب اى التزام فى جانب المشترى وانمـا ينشىء له حقا منجزا ، واذا أعلن المشترى ارادته فى اتمام الصفقة انعقـدت ولكن من وقت اعلان الارادة لا من وقت الوعد بالبيع (انظـر الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٥٤ هامش رقم ١) .

واذا التزم شخص على أن يكون الوفاء عندما يريد ، فان الالتزام يكون صحيحا لانه ترتب فى ذمتـه دون أن يتعلق ذلك بمحض ارادته ، أما ميعـاد الوفاء فيكون أى يوم يختاره المدين قبل موته ، فاذا مات حـل الدين ووجب الوفاء (والتون ٢ ص ٣٤٤) . ومن بـاب اولى يكون الالتزام صحيحا اذا اشترط المدين أن يكون الوفاء عند الميسرة . ويلاحظ اننا ، فى الفرضـين المتقدمين ، بصدد أجل غير معين لابصدد شرط (انظر المادة ٢٧٢ مـدنى) . ويعين القاضى ، فى الفرض الثانى ، ميعادا مناسبا لحلول الاجل ، مراعيـا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضية منه عناية الرجل المريض على الوفاء بالتزامه ، ويحل الاجل حتما بموت المدين (محكمة الاسكندرية الاهلية ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١١ ص ١٠٦٣ — منوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٩٠٢ — شبين الكوم ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحـاماة ١٣ ص ٩٠٥ — الموجز للمؤلف ص ٤٧٤ هامش رقم ١ — الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٦٧) . وقد يريد المتعاقد أن تكون الميسرة شرطا لا أجلا ، فعنـد ذلك لا يسـتحق الدين الا اذا أيسر المدين ، فلو لم يوسر حتى مات =

بمشيئة المدين أيضا (١) . ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا ، ويسقط كل التزام معلق على شرط واقف هو محض ارادة المدين . وهذا ما تقرره المادة ٢٦٧ مدنى ، اذ تقول كما رأينا : « لايكون الالتزام قائما اذا عاق

= معسرا فقد تخلف الشرط ولم يستحق الدين (الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٧) . وسنعود الى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلى (أنظر فقرة ٥٤) .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام الى وقت القيام بعمل متعلق بارادة المدين فان ذلك يعد اتفاقا على أجل غير معين ، للدائن الحق فى أن يدعو المدين الى القيام بالعمل الموكول لارادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل : نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٩ رقم ٥٦ ص ٣٧٦ .

(١) أنظر فى الشرط الارادى المحض : مصر الاهلية ١٨ يونية سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ١٣١ — المنيا ٢٦ يولية سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ ص ٤٧ — أجا ٢١ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٥٣٧ — جرجا ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ ص ٥٨٦ — الاسكندرية مستعجل ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٨٥ — شبين الكوم ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٩٠٥ — استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٦١ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٣٧ ص ٤٣ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطا اراديا محضا متعلقا بارادة المدين ، ومن ثم يكون باطلا ، الاتفاق على الا يأخذ الوارث حقه من التركة الا بعد عقد القسمة مابين جميع الورثة ، فانه يكفى أن يمتنع أحد الورثة من توقيع عقد القسمة حتى يمتنع على الوارث أن يأخذ حقه فى التركة (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٢٦) . وقضت أيضا بأن اشتراط الوكيل بالعمولة أنه يشترى لحساب غيره وأنه يعلن اسم هذا الغير متى شاء ، يعتبر شرطا اراديا محضا ، ومن ثم يكون باطلا ، فاذا لم يعلن اسم هذا الغير متى شاء ، يعتبر شرطا اراديا محضا ، ومن ثم يكون باطلا ، فاذا لم يعلن الوكيل بالعمولة اسم الغير كان هو الملتزم شخصيا (استئناف مختلط ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٦١ م ٢٩ ص ٢٢) .

ويرد بيدان ولاجارد (٨ فقرة ٧٩٢) من الامثلة على الشرط الارادى المحض أن يعد المقترض بالقرض اذا شاء ، أو اذا قرر أن هذا ممكن ، أو اذا وجد ذلك منقولا ، أو اذا رأى ان الصفقة مجزية . ويلاحظ بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ فقرة ١٣٥٣) ان الشرط الارادى المحض ليس فى حقيقته شرطا، ولكنه عنصر من عناصر الالتزام ذاته ، وهو عنصر ارادة الملتزم فى أن يلتزم .

على شرط واقف يجعل وجــود الالتــزام متوقفــا على محض ارادة الملتزم (١) .

٣ — غير مخالف النظام العام أو الآداب

١٣ — الشرط المخالف للنظام العام : وقد يكــون الشرط مخالفــا للنظام العام ، فيكون فى هذه الحالة باطلا ولا يقوم الالتزام الذى علق وجــوده عليه .

وأمثلة الشروط المخالفة للنظام العام كثيرة متنوعة . فاذا علــق الملتزم التزامه على ألا يتزوج الدائن اطلاقا ، كان الشرط مخالفا للنظام العام اذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمى اليه المشترط من وراء هذا الشرط . فاذا رمى مثلا الى منع زوجته بعد موته من الزواج غيره منــه وأثره ، فالشرط باطل لمخالفته للنظام العام . أمــا اذا رمى الى جعــل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية أولادها منه فلا يشــغلها زوج آخر ، فالشرط صحيح والالتزام قائم .

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٢ — ص ١٣ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٩ والاحكام المشار اليها فى ص ٤٧٥ هامش رقم ١ .

ويمكن القول ، بعد ماقدمنــاه ، ان الشرط الارادى المحض اذا تعلق بارادة الدائن ، أو تعلق بارادة المدين وكان شرطا فاســخا ، أو تعلق بارادة المدين وكان شرطا واقفا مترتبا على عقد ملزم للجانبين ، فانه يكــون شرطا صحيحا . ولايبطل الشرط الارادى المحض الا اذا تعلق بارادة المــدين وكان شرطا واقفا غير مترتب على عقد ملزم للجانبين . وتقدير ما اذا كــان الشرط هو هذا او ذاك مسألة واقع لامعقب فيها على قاضى الموضوع ، أما حكم الشرط بعد تعيين نوعه فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

وهناك من ينتقد التمييز ما بين الشرط الارادى البسيط والشرط الارادى المحض ، معتبرا ان الكثرة الغالبة مما يسمى بالشروط الارادية البسيطة هى فى حقيقتها شروط مختلفة (انظر ايجو (Eygout) فى الاثر الرجعى لتحقق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢) . ولكن هذا التمييز قد استقر فى الفقه وفى القضاء بحيث أصبح من المتعذر اغفاله (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٨ ص ٣٧٧ هامش رقم ١) .

كذلك الشرط القاضى بألا يحترف المشترط عليه مهنة معينة يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ما لم يكن هناك غرض مشروع يرمى اليه المشترط ، كأن تكون المهنة المحرمة مهنة وضعية تزرى بالكرامة ، او أن يكون المشترط قد أراد أن يحمى نفسه حماية مشروعة من منافسة المشترط عليه .

واذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن تكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هى لا على دين زوجها والا كان لها حق الطلاق من زوجها ، فان هذا الشرط باطل لمخالفته النظام العام .

واذا اشترطت الزوجة المسلمة على زوجها ألا يطلقها ، فان الشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، وللزوج بالرغم من هذا الشرط أن يطلق زوجته لسبب مشروع وفى غير تعنت . ولكن يجوز للزوجة أن تشترط مبلغا من المال تعويضا لها عما يصيبها من الضرر اذا طلقها زوجها . وفى هذه الحالة ينظر ان كان الطلاق لغير سبب مشروع فالشرط صحيح ويجب دفع التعويض . والا فالشرط باطل والتعويض غير مستحق .

وشرط عدم تعدد الزوجات الذى قد تشترطه الزوجة على زوجها المسلم ، والا صارت مطلقة منه أو أعطاها تعويضا ، شرط صحيح فى نظرنا وليس مخالفا للنظام العام . ولكن لا يجوز أن تشترط الزوجة على زوجها المسلم ألا يتزوج غيرها والا كان الزواج الآخر باطلا أو كانت الزوجة الأخرى هى الطالقة (١) .

ويمكن التمييز بين شرط مخالف للنظام العام وشرط مستحيل استحالة قانونية ، وان كان كل من الشرطين باطلا . كاشتراط عدم الزواج قد يكون شرطا مخالفا للنظام العام ولكنه شرط غير مستحيل ، أما اشتراط الزواج من محرم فشرط مستحيل استحالة قانونية وهو فى

---

(١) انظر فى أمثلة اخرى الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٠ وص ٤٧٥ — ٤٧٦ وص ٤٧٦ هامش رقم ١ .

الوقت ذاته مخالف للنظام العام لأن الاستحالة القانونية كثيرا ما ترجع الى مخالفة النظام العام .

١٤ — الشرط المخالف للآداب : وقد يكون الشرط مخالفا للاداب، فيكون باطلا أيضا ، ويسقط الالتزام الذى علق عليه قيامه . فـــاذا التزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط أن يقوم بارتكاب عمل غير مشروع ، فان الشرط يكون مخالفا للاداب ويكون باطلا كما قدمنا وكذلك الحكم اذا اشترط على شخص ألا يرتكب جـــريمة ، أو أن يمحـــو آثار جريمة ارتكبت كأن يعيـــد مخطوفا أو يرد مسروقا ، أو اشترط عليه أن يقوم بعمل واجب عليه قانونا على أن يتناول أجرا على القيام به كأن تدخل الزوجة فى طاعة زوجها أو أن يمتنع الزوج عـــن معاشرة غير زوجته أو أن يكف شخص عن التشهير بشخص آخر ونحو ذلك ، فكل هذه شروط تعتبر مخالفة لانها جزاء مادى على القيـــام بالواجب ، والواجب يتعين القيام به دون جزاء (١) .

---

(١) لوران ١٧ فقرة ٤٩ — هيك ٧ فقرة ٢٤٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٦٦ — هذا واذا التزم شخص نحو آخر أن يدفع مبلغا من المال اذا ارتكب الملتزم عملا غير مشروع أو عملا منافيا للأداب ، فان الشرط يكون فى هـــذه الحالة صحيحا ، فهناك فرق بين ان يدفع شخص الى القيام بالواجب عن طريق اعطائه مالا وبين أن يزجر شخص عن عدم القيام بالواجب عن طريق تغريمه المال ، فالشرط فى الحالة الأولى باطل لمنافاته للآداب ، وهو فى الحالة الثانية صحيح لانه لا ينافى الآداب فى شىء بل هو يقوم الاخلاق ويصلح النفوس (كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٩٢ مكررة — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٠٦ — فقرة ٣٠٧ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٨٣ — فقرة ٧٨٤ — انسكلبيدى داللوز ١ لفظ condttion فقرة ١٩ — انظر عكس ذلك : لارومبير ٢ م ١١٧٢ و ١١٧٣ فقرة ٩ — لوران ١٧ فقرة ٤٩ — هيك ٧ فقرة ٢٤٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٦٤) .بل نحن نرى انه اذا قصد باعطائه المال التشجيع على اداء الواجب ، فان الشرط قد يكون صحيحا ، كما اذا وعد شخص حارسا عنده بزيادة أجره اذا هو احسن الحراسة .

٤ ــ أمر عارض

١٥ ــ الشرط أمر عارض : ويدخل فى مقدمات الشرط ، بحكم انه وصف يلحق الحق بعد تكوينه ، أنه أمر عارض يلحق عنصرا جوهريا من عناصر الحق .

ويترتب على أن الشرط يلحق عنصرا جوهريا من عناصر الحق أن كلا من الحق المضمون برهن والحق غير معين القيمة والحق التبعى لا يعتبر حقا معلقا على شرط ، لان الوصف هنا لا يلحق عنصرا جوهريا من عناصر الحق ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

أما أن الشرط أمر عارض فمعناه أنه وصف يدخل على الحق بعد تمام هذا الحق وتكامل عناصره ، فيكون الشرط أمرا عارضا لا يساهم فى تكوين الحق ذاته ، بل يضاف اليه بعد تكوينه ، ويمكن تصور قيام الحق بدونه . فالشرط اذن ، باعتباره أمرا عارضا ، قد يوجد وقد لا يوجد . وهو اذا وجد فالحق يصبح موصوفا ، واذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك ، لانه استكمل عناصره ، ويكون حقا غير موصوف أى حقا بسيطا منجزا (١) .

١٦ ــ التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالى : ومن هنا يجىء التمييز بين الحق المشروط (droit conditionnel)

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ ــ الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٧٨ وص ١٨٨ . ومع ذلك فان هناك رأيا يذهب الى ان كل ما يجعل وجود الالتزام أمرا مستقبلا غير محقق فهو شرط ، ولو كان عنصرا جوهريا فى الالتزام ذاته . وانما يراد بان الشرط امر عارض ان الالتزام لا يكون حتما معلقا على شرط ، بل ان الاصل فى الالتزام هو ان يكون غير مشروط (انظر فى هذا المعنى للوتر Leloutre رسالة من كان سنة ١٩٠٤ ص ١٦ وما بعدها ، ومقالاته فى المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص ٢٣٢ ــ ايجو Eygout فى الاثر الرجعى لتحقق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ص ١٦) . وسنرى أن هناك رأيا يذهب ، على النقيض من ذلك ، الى ان الحق المشروط ليس الا نوعا من انواع الحق الاحتمالى .

والحق الاحتمـالى (droit éventuel) فالوصف فى الحـق المشروط أمر عارض يلحق الحق بعد تكامل عناصره كما قدمنا (١) . أما الوصف فى الحق الاحتمالى فأمر غير عارض ، ذلك أن الحق الاحتمالى هو حـق ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية ، والوصف فى الحق الاحتـمالى هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهرى .

ومن الامثلة على الحق الاحتمالى ما يأتى : ١ — حق الشفيع قبل أن يعلن ارادته فى الاخذ بالشفعة ، اذ الشفيع قبل اعلان هذه الارادة ليس له حق كامل ، بل مجرد حق احتمالى . ولا يصبح هذا الحـق الاحتمالى حقا كاملا الا اذا أعلن الشفيع ارادته فى الاخذ بالشفعة ، فالحق الاحتمالى هنا قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية هو اعلان هذه الارادة . ولا يعتبر هذا الاعلان شرطا ، بل هو عنصر من عناصر الحق كما قدمنا . ٢ — حق الموصى له قبل أن يموت الموصى ، وهنا أيضا لا يكون للموصى له الا حق احتمـالى قد نقصه عنصر من العنـاصر الجوهرية للحق الكامل هو موت الموصى . ولا يعتبر هذا الموت شرطا ، بل هو عنصر من عناصر الحق . ٣ — الحق المترتب على حساب جار قبل أن يدفع صاحب الحساب أو يقبض شيئا ، فالحق هنا حق احتمـالى ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو الدفع أو القبض ، ليتكون رصيد دائن أو مدين للحساب الجارى ، فيصبح الحق كاملا لا مجرد حق احتمالى . ولا يعتبر الدفع أو القبض شرطا ، بل هـو عنصر من عناصر الحق .

ونرى من ذلك أن هناك فرقين أساسيين بين الحـق المشروط والحق الاحتمالى :

(أولا) يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط ، اذ الشرط

---

(١) انسيكلوبيدى داللوز جان دى لامشينى jean de Garreau de la Méchenie لفظ condition فقرة ٢ — ديمولومب ٢٥ ص ٣٦٠ وما بعدها — بوذرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٥٠ — كـولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٤٨ — جرمران ٢ فقرة ٧٣٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ .

أمر عارض كما قدمنا • أما الحق الاحتمالى فحق ينقصـــه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقـــا كاملا كما سبق القول ، ومـــن ثم لا يمكن تصور هذا الحق الكامل دون هذا العنصر الجوهرى •

(ثانيا) اذا تحقق الشرط فى الحق المشروط ، كان لتحققه اثر رجعى على الوجه الذى سنفصله فيما يلى • أما اذا استكمل الحـــق الاحتمالى العنصر الجوهرى الذى ينقصه فأصبح حقا كاملا ، فانه يصبح حقا كاملا دون أثر رجعى • ومن ثم يوجد الحق الكامل من وقت استكمال العنصر الجوهرى ، لا من وقت وجود الحق الاحتمالى (١) •

---

(١) بيدان ولاجارد ٨ ص ٥٣٤ هامش رقم ١ .

هذا وقد ذهب جان موريس فردييه (jean-Maurice Verdier) فى رسالته **الحقوق الاحتمالية** (Les drioits éventuels) **(باريس سنة ١٩٥٥) الى أن الحق المشروط ليس الا نوعا من أنواع الحقوق الاحتمـــالية ، ولا فرق فى الطبيعة** بين الحق المشروط والحق الاحتمالى ، فكلاهما يتميز بانه تعاقب حقين يتواليان فى الزمان . فالحق المشروط هو ، قبل تحقق الشرط ، حق حال فى أن يكون **للدائن الحق المعلق على شرط • ثم اذا تحقق الشرط ينقضى هذا الحق الحال ،** ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذى كان معلقا على شرط ، وقد أصبح حقا حالا منجزا بعد تحقق الشرط . وكذلك الحق الاحتمالى هو أيضا تعاقب **حقين يتواليان فى الزمان ، فيبدأحقا حالا فى أن يكونللدائن الحق الاحتمالى،** ثم اذا تحقق الحادث الاحتمالى الذى يتوقف عليه وجود الحق ينقضى هـــذا **الحق الحال ، ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذى كان احتماليا ، وقد** أصبح الآن حقا حالا منجزا . ومن ثم يكون فى البداية ، فى كل من الحـــق **المشروط والحق الاحتمالى** ، حق حال وحق مستقبل : فالحق الحال هـــو وحده الموجود فعلا ، أما الحق المستقبل فلا وجود له فى مبدأ الأمر ، ولايوجد **الا بتحقق الشرط أو تحقق الحادث الاحتمالى ، وبمجرد وجوده ينقضى الحق** الاول .

ونتقل نص مايقولهفردنييه فى هذا المعنى (انظر ص ٢٤٦) :

Mais ce qui, dans les deux cas, est essentil et en fail la véritable identité sur le plan statique, c'est l'existence de ce droit actul distinct du droit futur qu'il prépare ; l'expression «droit éventuel» ou «droit conditionnel» concerne non ce droit préseent mais la situation juridique future qui prendra naissance à la survenance de l'événement.

المبحث الثـــــانى

نوعـــا الشرط

الشرط الواقف والشرط الفاسخ

١ ـ الشرط الواقف

(Condition suspensive)

١٧ ـ ما هو الشرط الواقف : رأينا أن المادة ٢٦٥/١ مدنى تنص على أن « يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده أوزواله مترتبا

= وليس الأثر الرجعى هو الذى يميز الحق المشروط عن الحق الاحتمالى، فكثير من الحقـــوق الاحتمالية له اثر رجعى ، كالوارث يســـتند حقــه فى الميراث الى موت المورث ، ورهن الأموال المستقبلة يأخذ مرتبته من وقت الرهن لا من وقت تملك الاموال المرهونة ، ومثله الرهن لضمان دين مستقبل . وكثير من الحقوق المشروطة ليس له اثر رجعى ، كالحق فى قبض الثمار وفى أعمال الادارة وغير ذلك مما سيأتى بيانه تفصيلا (انظر ص ٢٤٧ من الرسالة المشار اليها) .

بقى مايقال من أن الشرط امر عارض وهو وصف فى الحـــق المشروط لايلحقه الا بعد تكامل عناصره ، بينما الحق الاحتمالى ينقصه عنصر مـــن العناصر الجوهرية حتى يكون حقا كاملا . فهذا الفرق ينكره ايضا فرديه ، فمن الصعب فى بعض الأحوال ، على مايقول ، التمييز بين العناصر الجوهرية والأمور العارضة ، فالحق الذى لاينفذ الا بالتصديق عليه (homologation) يصعب القول هل التصديق عنصر جوهرى فيه فلايكون له اثر رجعى، أو هو أمر عارض فيكون له هذا الأثر . واذا قارنا بين حق الموعود له بالبيع والمشترى بشرط التجربة لم نجد فرقا محسوسا بين الحق الأول وهو حـــق احتمالى والحق الثانى وهو حق مشروط ، فكلاهما يتوقف على رغبة المشـــترى فى الشراء (انظر ص ٢٥٣ و ص ٢٧٠ ـــ ص ٢٧٣ من الرسالة المشار اليها) .

على ان فرديه يسلم بأن هناك فرقا واحدا بين الشـــرط والحـــادث الاحتمالى ، فالشرط يقف نشوء الحق دون ان يقف نشوء العقد الذى هو مصدر هذا الحق ، أما الحادث الاحتمالى فيقف نشوء الحق ونشوء العقـــد معا (انظر ص ٢٨٣ ـــ وانظر ماترتبه على هذا الفرق من النتائج ص ٢٨٥ ـــ ص ٢٨٨) .

على أمر مستقبل غـير محقق الوقـوع » . فاذا كان وجـود الالتزام متوقعا على الشرط ، بحيث اذا تحقق الشرط وجد الالتزام واذا تخلف يقوم بالرغم من ذلك ، لانه استكمل عناصره ، ويكون حقا غير مرصوف لـم يوجـد ، فـان الشرط يـكون فى هـذه الحـالة شرطا واقفـا (condition suspensive) فالشرط الواقف هو اذن الشرط الذى يتوقف على تحققه وجود الالتزام ، فان تخلف لم يخرج الالتزام الى الوجود . مثل ذلك أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج ، فالزواج هنا شرط واقف ، اذا تحقق وتزوج الابن فقد وجـد التزام الاب بالهبة ، واذا تخلف الشرط ولم يتـزوج الابن فـان التزام الاب باعطاء هبة لابنة لا يوجد .

١٨ — الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام العام أو الآداب : وتنص الفقرة الاولى من المادة ٢٦٦ مدنى كما رأينا، على أنه « لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو للنظام العام ، هذا اذا كان الشرط واقفا .. » وقد استعرضنا أمثلة للشرط المستحيل وللشرط المخالف للنظام العـام أو الآداب ، فاذا كان الشرط فى هذه الاحوال واقفاغير فاسخ فالشرط باطل كما قدمنا ، والالتزام الذى علق وجوده على الشرط يعتبر هـو أيضا غير قائم ، لان وجوده معلق على شرط مستحيل أو غير مشروع ، فلن يتحقق هذا الشرط أو لا ينبغى أن يتحقق ، ومن ثم لا يوجـد الالتزام .

١٩ — الشرط الواقف الارادى المحض — احالة : وقد رأينـا أن الشرط اذا تعلق بمحض ارادة المدين ، وكان شرطا واقفا غير مترتب على عقد ملزم للجانبين ، فان الالتزام لا يوجد للاسـباب التى قدمناها [١] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٢ .

٢ — الشرط الفاسخ

(Condition résolutoire)

٢٠ — ما هو الشرط الفاسخ : رأينا ان الفقرة الاولى من المادة ٢٦٥ مدنى تقضى بأن يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجـوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع • ورأينا أن وجود الالتزام اذا كان مترتبا على الشرط ، فهذا الشرط واقف • أما اذا كان زوال الالتزام هو المتوقف على الشرط ، فهـذا الشرط فاسـخ (١) ، مثل الشرط الفاسخ نزول الدائن عن جزء مـن حقه بشرط أن يدفـع المدين الاقساط الباقية كل قسط فى ميعاده ، فالشرط هنا شرط فاسخ ، واذا تخلف بأن يتأخر المدين فى دفع الاقساط الباقية ، اعتـبر نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن (٢) • والالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد فى الحال وينفذ ، ولكن زواله هو الذى يعلق على الشرط ، فاذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن ، أما اذا تخلـف الشرط فقد أصبح الالتزام باتا (٣) • ونرى من ذلك أن الالتزام المعلق

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان الشرط الفاسخ المقرر جـزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لايتحقق الا اذا كان التخلف من الوفاء بغير حق ، فان كان من حق المشترى قانونا ان يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا : نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٤ ص ١٤٣ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤ • ومثل ايضا الشرط المدون فى عقد البيع بأن البيع لايكون باتا الا بعد دفع قسطين من الثمن ويجوز بعد ذلك للمشترى التصرف فى المبيع ، فهذا الشرط شـرط فاسخ يتمكن به البائع من فسخ البيع حتى بالنسبة الى من تصرف له المشترى قبل دفع القسطين ، ولايعتبر شرطا واقفا (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤) .

(٣) وهناك ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمنى ، وهو مفروض فى العقد الملزم للجانبين ، فاذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخـر أن يطلب فسخ العقد ، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام فى فسخ العقـد (الوسيط جزء أول فقرة ٤٦٢ ومابعدها) . وطبيعة الشرط الفاسخ الصريح الذى نحن بصدده تختلف كل الاختلاف عن طبيعة ما يسمى بالشرط الفاسخ =

على شرط فاسخ هو فى حقيقته التزام زواله على شرط واقف ، فــان الشرط فى الواقع من الامر واقف فى جميع الاحوال : يقف وجـــود

= الضمنى ، اذا الشرط الفاسخ الضمنى ليس فى حقيقته شرطا . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان لحكم الابتدائى قد بنى الفسخ الذى قضى به على الشرط الضمنى ، ثم جاء الحكم الاستئنافى مقاما من ناحية على قيــام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائى ، فانه يكــون متناقضا لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عـــن حكم الآخر . (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ٥ رقم ١٦ ص ٣٥) . وقضت ايضا بان شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكما . فالشرط الفاسخ الضمنى (le pacte commissoire tacite) لايستوجب الفسخ حتما اذ هو خاضع لتقدير القاضى، والقاضى ان يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل ان يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ . امـــا الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) موجب للفسخ حتما ، فلا يملك معه القــاضى امهال المشــترى المتخلف عن أدءا الثمن ، ولا يستطيع المشترى ان يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد اقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرســـمى الى الوفاء ، بل قد يكون الفسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة الى تنبيه اذا كانت صيغته صريحة فى الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة الى تنبيه ولا انذار . وعلى ذلك فاذا كانت محكمة الدرجة الاولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على ان المشترى اذا قصر فى الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقا فى طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى جميع العقود التبادلية ، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت ان الفسخ كان متفقا عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن واذ قد ثبت لها تخلف المشترى فهى تقرر حق البائع فى الفسخ نزولا على حكم الشرط الفاسخ الصريح عملا بنص المــادة ٣٣٤ مدنى (قديم) ، ثم لم تلبث ان قالت فى آخر حكمها انها تؤيد الحكم المستأنف لاسبابه وتأخذ منه أسبابا لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرط الفسخ الصريح والفسخ الضمنى طبيعة وحكما ، وهذا تعــارض فى أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه (نقض مدنى ٢ مايــو ســنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥) وقضت أيضا بأن القانون لم يشترط ألفاظا معينة للشرط الفاســـخ الصريح فى معنى المـــادة ٣٣٤ من القــانون المدنى (القديم) . وعلى ذلك فاذا ما اثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ونصا على انه عند اخلال المشــترى بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه باعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك ان نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد الى الشرط الفاسخ الصريح اى =

الالتزام أو يقف زواله ، ففى الحالة الاولى يسمى شرطا واقفا ، وفى الحالة الثانية يسمى شرط فاسخا (١) .

وقد تدق فى بعض الأحوال معرفة ما اذا كان الشرط واقفا أو فاسخا ، كما فى البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة ، فهل الشرط هنا واقف ولايتم البيع الا اذا وافق الغير على البضاعة ، أو هو شرط فاسخ وينفذ البيع فى الحال على أن يفسخ اذا لم يوافق الغير على البضاعة ؟ يرجع الأمر فى ذلك الى تبين ارادة الطرفين ويستخلص قاضى الموضوع هذه الارادة من الظروف والملابسات ، فان تبين أن نية الطرفين قد انصرفت الى أن يكون الشرط واقفا أو الى أن يكون فاسخا التزم هذه النية وحكم على مقتضاها (٢) .

= اعتبار العقد منسوخا من تلقاء نفسه عند الاخلال بشروطه ، فانه لايكون قد مسخ مدلول نص العقد لان عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنه ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) . أنظر أيضا : نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨ .

وقضت أخيرا محكمة النقض بأنه فى حالة الشرط الفسخ الصريح قد ينزل صاحب المصلحة عن التمسك بوقوع الفسخ من تلقاء نفسه وذلك بانذاره للمدين ، فلا يقع الفسخ من تلقاء نفسه بل يلزم لوقوعه ان يصدر به حكم وللمدين أن يتقيه بتنفيذ التزامه (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٥ ص ٩٢٢) .

(١) ويقول أهرنج (Ihering) أن الشروط الواقف وحده هو الذى عرفه القانون الرومانى أولا ، ثم أتى الشرط الفاسخ بعد الشرط الواقف وعلى غراره ، فهو شرط واقف يعلق على تحققه زوال الالتزام (اهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ ص ١٦٤) .

(٢) ديرانتون ١٥ فقرة ٤٤ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٨ .

هذا وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط القاضى بأن من يرسو عليه المزاد فى أطيان موقوفة تباع بقصد الاستبدال لا يستحق الريع الا اذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال يعد مشتريا بشرط واقف لا بشرط فاسخ ، لان اجازة الاستبدال من المحكمة انما هى شرط واقف لا فاسخ (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر انه « لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (يبيع أعيان موقوفة) بأنه معلق على شرط احتمالى . ذلك لان =

ويلاحظ ان كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف ، سواء كان ذلك فى الالتزام أو فى الحق العينى ، فمن التزم بهبة على أن تفسخ اذا رزق ولدا ، كان مدينا بالهبة تحت شرط فاسخ . فينفذ التزامه فورا ويعطى الموهوب له الهبة ، وكذلك الموهوب له يصبح مدينا تحت شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة الى الواهب ، فاذا رزق الواهب ولدا فتحقق الشرط ، فان تحققه كشرط فاسخ يزيل التزام الواهب فيستردها من الموهوب له ، وتحققه كشرط واقف يوجد التزام الموهوب له يرد الهبة الى الواهب فيردها اليه ، وكذلك الحكم فى الحق العينى كحق الملكية اذا علق على شرط فاسخ ، فان الشىء الواحد يصبح له مالكان ، احدهما مالك تحت شرط فاسخ والآخر مالك تحت شرط واقف، والشرط الفاسخ بالنسبة الى الأول هو نفس الشرط الواقف بالنسبة الى الثانى فاذا ما تحقق هذا الشرط فقد انفسخت ملكية الأول وقامت ملكية الثانى أما اذا تخلف الشرط فقد سقطت ملكية الثانى وأصبحت ملكية الأول ملكية باتة (١) .

٢١ — الشرط الفاسخ المستحيل والشرط المخالف للنظام العام أو الآداب : رأينا أن المادة ٢٦٦ مدنى تنص على أنه : « ١ — لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب

= الشرط الاحتمالى هو الذى يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن يتعلق بارادة انسان ، والصحيح ان الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علقت على شرط موقف هو شرط موافقة هيئة التصرفات بالحكمة الشرعية على البدل » . فان تكييف الحكم لالتزام البائع بأنه التزام معلق على شرط واقف انما هو تكييف صحيح : نقض مدنى فى ٧ يونية سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ .

(١) لارومبيير ٣ م ١١٨٣ فقرة ١٦ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٨١ — هيك ٧ فقرة ٢٤٤ ص ٣٢٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٧٥ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٣٥ ص ٥٣٧ وفقرة ٧٥٤ — قارن ديرانتون ١١ فقرة ٩١ — اوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٩ وهامش رقم ٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٥ ص ص ٣٧٣ .

أو النظام العام ، هذا اذا كان الشرط واقفا • أما اذا كان فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم •

٢ — ومع ذلك لايقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام »

ويتبين من هذا النص أن الشرط الفاسخ اذا كان مســـتحيلا أو مخالفا للنظام العام او للآداب ، كان باطلا كما قدمنا • ولما كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاما نافذا فورا وزواله هو المعلق على الشرط الفاسخ ، ولما كان هذا الشرط الفاسخ معتبرا كأنة لم يكن لبطلانة ، فهو اذن لن يتحقق • ويترتب على ذلك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب يكون التزاما باتا غير معلق على شرط ما (١) ، وليس التزاما مهددا بالزوال كمـا هو شأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ صحيح •

على أن الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب قد يكون هو السبب الدافع الى الالتزام (٢) ، فاذا التزم شــخص بترتيب ايراد

---

(١) استئناف أهلى ٩ يناير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧٨ ص ٣٨٥ •

(٢) يتبين من نص الفقرة الاولى من المادة ٢٦٦ مـدنى ان الشرط على شرط . ولم تستثن الفقرة الثانية من المادة ١٢٦٦ الا الشرط الفاسخ الفاسخ اذا كان مستحيلا فانه يعتبر غير قائم ، ويبقى الالتزام باتا غير معلق على شرط • ولم تستثن الفقرة الثـانية من المـادة ٢٦٦ الا الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الاداب اذا كان هو السبب الدافع الى الالتزام ، فيسقط الشرط والالتزام معا . يبقى اذن الشرط المستحيل اذا كان هـــو السبب الدافع الى الالتزام ، والظاهر أن الاستثناء الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ لا يشمله ، ومن ثم يبقى خاضعا للفقرة الاولى من المادة١٩٦٦• وينبنى على ذلك ان الشرط المستحيل يسقط ويبقى الالتزام باتا غير معلق على شرط ، حتى لو كان الشرط المستحيل هو الدافع الى التعاقد •

وقد اشتمل التقنين المدنى الفرنسى على نصين فى هذا الموضـــوع ، فقضت المادة ١١٧٢ من هذا التقنين ببطلان العقد المقترن بشرط مســـتحيل او مخالف للنظام العام او الآداب ، وقضت المادة ٩٠٠ مـــن نفس التقنين بصحة التبرعات المقترنة بشرط مستحيل او مخالف للنظام العام أو الآداب مع سقوط الشرط وحده . فخفف القضاء الفرنسى من شدة النص الاول اذ قضى بأن الشرط اذا لم يكن هو الدافع الى التعاقد فانه وحده هو الذى =

مدى الحياة لامرأة على أن يعاشرها معاشرة غير شرعية ، وعلى أن ينفسخ التزامه اذا هى انقطعت عن معاشرته ، كان الشرط الفاسخ هنا باطلا لمخالفته للآداب ، واعتبر غير قائم • وكانت القاعدة العامة تقتضى أن يبقى الالتزام بترتيب الايراد قائما ، بعد سقوط الشرط • ولكن لما كان هذا الشرط فى الفرض الذى نحن بصدده هو السبب الذى دفع المدين الى أن يلتزم بترتيب الايراد ، فان سقوط الشرط يسقط الالتزام معه ، كما تقضى بذلك الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ مدنى على ما رأينا • فيسقط ، فى وقت معا ، شرط المعاشرة غير المشروعة والالتزام بترتيب الايراد (١)•

٢٢ — الشرط الفاسخ الارادى المحض — احالة : وقد قدمنا أن الشرط الارادى المحض من جانب المدين يجعل الالتزام غير موجود اذا كان شرطا واقفا • ورأينا كذلك أن هذا الشرط الارادى المحض من جانب المدين اذا كان شرطا فاسخا فانه لا يسقط الالتزام ، بل يبقى الالتزام قائما معلقا على هذا الشرط الارادى ، ومن ثم ينفذ فورا ، ويكون للمدين الخيار بعد ذلك فى الابقاء عليه ان شاء أو فى اسقاطه فيزول •

= يسقط ويبقى العقد ، وشدد من تراخى النص الثانى اذ قضى بسقوط التبرع ذاته اذا كان الشرط هو السبب الدافع اليه • فخلص من مجموع ما ذهب اليه القضاء الفرنسى المبدأ الآتى : متى كان الشرط المستحيل أو المخالف للنظام العام أو الآداب هو الدافع الى التعاقد فانه وحده هو الذى يسقط ويبقى العقد •

وهذا المبدأ المستخلص من القضاء الفرنسى هو الذى قننته المادة ١١١ من المشروع الفرنسى الايطالى فيما يتعلق بالشرط الفاسخ مع قصر الاستثناء الخاص بالسبب الدافع على الشرط المخالف للنظام العام أو الآداب دون الشرط المستحيل (أنظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥١ و ص ٤٤٣ — ص ٤٤٤ و ص ٤٤٣ هامش رقم ٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٥٦ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٩) • وقد نقل التقنين المصرى الجديد هذا المبدأ عن المادة ١١ من المشروع الفرنسى الايطالى (أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩) •

(١) وفى فرنسا تثار المسألة بنوع خاص فى شرط الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية (أنظر مقال فوران (Voirin) فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٦ ص ٢٢٧ — كابيتان فى داللوز الاسبوعى سنة ١٩٢٧) .

ويلاحظ الاستاذ اسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ٢٥٦ — ص =

المبحث الثالث

مصــدر الشرط

وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط

١ ـــ مصدر الشرط

٢٣ ـــ مصدر الشرط هو الارادة أو التصرف القانونى : بعد أن عرفنا ما هو الشرط وما هى مقــوماته وأنواعه ، بقى أن نبحث ما هى المصادر التى ينشأ عنها •

وقد رأينا فى الأمثلة المتقدمة أن الشرط مصدره الارادة ، فالملتزم هو الذىيتفق مع الملتزم له أن يكون الالتزام معلقا على شرط واقف أو على شرط فاسخ • بل أن الشرط يكون مصدره ارادة الملتزم وحدها اذا كان الالتزام نفسه هو وليد هذه الارادة ، فالملتزم بارادته المنفردة كما يملك أن يلتزم التزاما منجزا خاليا من أى شرط ، يملك كذلك أن يعلق التزامه على شرط ، واقفا كان الشرط أو فاسخا •

وقد تكون الارادة مصدر الشرط ارادة صريحة أو ارادة ضمنية (١)• والشرط المتولد من ارادة ضمنية هنا هو غير الشرط الفاســخ الضمنى

= ٢٥٧) أن الشرط الفاسخ لا يمكن الا أن يكون هو الســـبب الدافع الى التعاقد ما دام قد علق على تحققه فسخ العقد ذاته ، فلا تتحقق اذن الصورة التى يكون فيها الشرط الفاسخ ليس هو السبب الدافع الى التعاقد • على أنه كثيراً ما يختلط فى العمل الشرط الفاسخ بشروط العقد العادية ، كما اذا باع شخص سلعة بشرط أن يتقاضى الثمن ذهبا ، فمن الممكن أن يكون الشرط هنا شرطا فاسخا وأن يكون هو السبب الدافع الى التعاقد ، فيجرى فى هــذه الحالة حكم النص •

(١) ومن الامثلة على الارادة الضمنية ما يأتى : (أ) الاكتتاب فى أسهم شركة تحت التأسيس مفروض فيه أن كل مكتتب انما اكتتب فى أسهمه بشرط أن تتم تغطية الاسهم ، اذ الشركة لا يتم تأسيسها الا بهذه التغطية (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٢٣ ص ٥٢٤) • (ب) اذا اصدرت بلدية سندات وطرحتها فى السوق للاكتتاب ، وصرحت بأن الغرض من هذا القرض هو انجاز مشروع معين ، فان الاكتتاب يعتبر فى هذه الحالة عملية جمعية (acte collectif) وكل اكتتاب يكون مشروطا بتغطية جميع السندات (بيدان ولاجارد ٨ فقرة =

المفترض فى العقود الملزمة للجانبين ، كما سبق القول [١] .

ولما كان الشرط مصدره فى العادة هو الارادة ، فقد دفع ذلك كثيرا من الفقهاء الى القول بأن الشرط انما هو وصف فى الارادة لا فى الالتزام فيجب الحاقه بنظرية التصرف القانونى لا بنظرية الالتزام فى ذاته ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

٢٤ — هل يكون الشرط مصدره القانون : على أن هناك أوضاعا قانونية يذهب بعض الفقهاء الى أنها معلقة على شرط مصدره القانون . ويسوقون من الأمثلة على ذلك الوصية ، فهى كما يقولون تصرف قانونى معلق بحكم القانون ذاته على شرط واقف هو أن يعيش الموصى له بعد موت الموصى . ويقولون كذلك أن حق الورثة فى الميراث معلق على شرط واقف هو أن يموت المورث قبلهم . كذلك حق الشفيع فى المشفوع فيه يقولون أنه أيضا معلق على شرط واقف هو اعلان الشفيع ارادته فى الأخذ بالشفعة .

على أن الشرط الذى يفرضه القانون فى الأمثلة المتقدمة وأمثالها ليس شرطا بمعناه الصحيح . فقد قدمنا أن الشرط أمر عارض ، لايلحق الحق الا بعد تكامل عناصره ، فيضاف اليه ، ويمكن تصور الحق بدونه . أما فى الأمثلة التى قدمناها ، فالشرط عنصر من عناصر الحق ذاته ، ولا يتصور قيام الحق بدونه . وانما هو وضع معين يقرره القانون ، ويرتب عليه نتائج معينة ، وليس له أثر رجعى [٢] .

= ٧٣٣ — بيك فى الشركات ٣ فقرة ١٦٢٦) . (ج) عندما يرسل تاجر أوراقا مالية (شيكات أو كمبيالات) لمصرفه لاضافتها الى حسابه الجارى ، فان الاضافة تكون مشروطة بقبض قيمة الاوراق المالية (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٣ ص ٥٣٥) . (د) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطا ضمنيا موافقة جميع الدائنين على صلح ودى مع المدين ، اذ أن الصلح الودى لا يتم الا بموافقة جميع الدائنين (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

(١) انظر آنفا فقرة ١٢ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٤٥ — فقرة ٧٤٦ — ويميز اهرنج بين الوصية والحق المعلق على شرط (انظر روح القانون الرومانى ٤ ص ١٦٨ — ١٧٠) .

فالشرط اذن ليس له مصدر الا الارادة [١] • ولكنـــه وصف يلحق الحق نفسه لا الارادة التى هى مصدره ، ومن ثم يكون جزءا من نظرية الالتزام فى ذاته لا من نظرية التصرف القانونى [٢] •

---

(١) أنظر فى هذا المعنى الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٧٨ وص ١٧٩ هامش رقم ١ الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٦ ص ٢٤٩ . وجاء فى الموجز للمؤلف : « هذا ويلاحظ أن تعليق الالتزام عـــلى شرط يجب أن يكون وليد ارادة الطرفين ، أما اذا كان القانون هو الـــذى علق الحكم على استيفاء شرط ، كما اذا جعل الوصية متوقفة على وفـــاة الموصى وكما اذا اشترط الحاجة لاستحقاق النفقة ، فلا يكون الالتزام فى مثل هذه الحالة شرطيا » .

على أن هناك حالات تقوم فيها شبهة قوية فى أن مصدر الشرط هـــو القانون . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى من أنه « اذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة الســـنة التالية للتملك » • فهل يمكن القول أن الملكية هنا معلقة على شرط فاسخ — مصدره القانون — هو عدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك ؟ (أنظر فى هذا المعنى فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨١) • ومن ذلك أيضا ما قضت به المادة ٥٠١ (حرف ج) من جـــواز فسخ الهبة اذا رزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الفســـخ (أنظر أيضا فى هذا المعنى المادة ٩٦٠ وما بعدها من التقنين المـــــــدنى الفرنسى) •

ويذهب بلانيول وريبير وبولانجيـــه (٢ فقرة ١٣٤٩) وبيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٣) الى أن الشرط فى مثل هذه الحالات مصدره القانون فعلا • ولكن قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقـــــــرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ — ص ٣٧٢ • وفى رأينا أن « الشرط » فى هذه الحالات ليس الا وضعا خاصا قرره القانون، ورتب عليه نتائجه • وسواء تحقق هذا الوضع أو تخلف ، فليس له — كمـــا للشرط بالمعنى الصحيح — أثر رجعى •

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « ويراعى أن التعليق يرد على الالتزام ذاته دون العقد أو التصرف القانونى بوجه عام .. ولهذا كان نهج المذهب اللاتينى أدنى الى التوفيق فى هذا الصدد من منحى المذهب الجرمانى ، ذلك أن الاول يفرد لاحكام الشرط مكانا فى نطاق النظرية العامة للالتزام ، فى حين أن الثانى يلحق هذه الاحكام بنظـــــرية التصرف القانونى » • (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٧) •

٢ — الحقوق التى يلحقها وصف الشرط

٢٥ — يلحق الشرط الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء : والشرط وصف يلحق محل الحقوق ، سواء كانت هذه الحقوق شخصية أو عينية • فيلحق الشرط الالتزام أى الحق الشخصى • ويلحق كذلك الحق العينى ، فيكون هذا الحق معلقا على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، ويكون للشرط فى هذه الحالة كل خصائص الشرط الذى يلحق الحق الشخصى •

٢٦ — الحقوق التى لا يلحقها وصف الشرط : على أن الحقوق التى يلحقها وصف الشرط هى الحقوق المالية • أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فهى غالبا لاتقبل التعليق على الشرط • فالزواج وما ينشأ عنه من حقوق الزوجية وواجباتها لا تقبل التعليق على الشرط • والحجر والاذن بالتجارة للصبى المميز والنسب ، كل هذه تنشىء حقوقا وحالات قانونية لا يرد عليها الشرط وصفا (١) •

الفرع الثانى

مايترتب على الشرط من الآثار

٢٧ التميز بين مرحلتين : حتى نتبين بوضوح ما يترتب على الشرط من الآثار يجب أن نميز بين مرحلتين : ١ — **مرحلة التعليق** ، وهى المرحلة التى يكون فيها الشرط قائما لايعلم هل يتحقق أو يتخلف ، ولذلك يكون الالتزام فيها معلقا ، ومن ثم سمينا هذه المرحلة بمرحلة التعليق • ٢ — مرحلة ما بعد التعليق ، وهى المرحلة التى يتبين فيها مآل الشرط هل تحقق أو تخلف ، ولتحققه آثار تختلف عن آثار تخلفه فى كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ •

---

(١) اوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩١ هامش رقم ١٠ — انظر ايضا اهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ ص ١٦٥ •

المبحث الاول

أثــر الشرط فى مرحلة التعليق

١ ــ الشرط الواقف

٢٨ ــ **النصوص القانونية** : تنص المــادة ٢٦٨ من التقنين المدنى على ما يــأتى :

« اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط . أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى ، على أنه يجوز للدائن أن يتخــذ مــن الاجراءات ما يحافظ به على حقه » (١) .

وحكم هذا النص فيما يتعلق بمرحلة التعليق كان معمولا به فى عهد التقنين المدنى السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص فى ذلك .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخــرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٦٨ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٥٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٨٨ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٩٣ الى ٩٥ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٢٦ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٣٩٨ (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٣٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفــى لجنة المراجعة حور النص تحويرا لفظيا طفيفا جعل المطابقة تامة ، وأصبح المادة ٢٨٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النـــواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤ ــ ص ١٦) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٢٦٨ (مطابقة للمادة ٢٦٨ مصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٥٥ (مطابقة للمادة ٢٦٨ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٨٨ : العقد المعلق على شرط واقف لاينفذ الا اذا تحقق الشرط . (ويلاحظ ان التقنين المدنى العراقى لم يبين فى نصوصه =

٢٩ — مراتب الحق من حيث الوجـود والنفاذ : ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الالتزام المعلق على شرط واقف ، وهو فى مرحلة التعليق لا يكون نافذا ، بل هو لا يكون موجودا وجود كاملا (١) . ويمكن القول

= كيف أن الحق المعلق على شرط واقف لايقبل التنفيذ اطلاقا وان كان يجوز اتخاذ الاجراءات التحفظية بموجبه ، كما يبين ذلك التقنين المدنى المصرى . ولكن لما كانت هذه الاحكام يمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة ، اذ الحق غير النافذ حق موجود ، فانه يمكن القول بتطبيق هذه الاحكام فـــى القانون المدنى العراقى : (انظر الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٣٤ ، ومع ذلك قارن فقرة ١٣٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٣ : ان الموجب المعقود على شرط التعليق لايقبل التنفيذ الاجبارى ولا التنفيذ الاختيارى ولايمر عليه الزمان مادام الشرط معلقا . على أن الدائن يمكنه أن يقوم بأعمال احتياطية ، اخصها قيد الرهن المؤمن دينه عند الاقتضاء وطلب تطبيق الخط ووضع الاختام وانشاء المحاضر والجداول .

م ٩٤ : ان الموجب الذى عقد على شرط التعليق ومازال الشرط فيــه معلقا يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام .

م ٩٥ : ان الموجب عليه تحت شرط التعليق لا يمكنه قبل تحقق هــذا الشرط أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة فى حالة تحقق الشرط . وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الاعمال التى اجراها الموجب عليه فى خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكــون فيهــا من الاضرار بالدائن ، ما عدا الحقوق المكتسبة شرعا لشــخص ثالث حســن النيـــــة .

(ويلاحظ أن التقنين اللبنـــانى اكثــر ايرادا للتفصــيلات من التقنين المصرى ، ولكن جميع التفصيلات الواردة فى التقنين اللبنانى يمكن الاخذ بها فى القانون المصرى تطبيقا للقواعد العامة ، ودون حاجة الى نصوص خاصة فى ذلــك) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٢٦ (تتفق مع حكم المادة ٢٦٨ من التقنين المــدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٦٨ (تتفق مع حكم المادة ٢٦٨ من التقنين المــدنى المصرى) .

(١) انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٨ . وقد كان القانون الرومانى يعتبر فى بعض نصوصه (Institutes) الحق تحت شرط واقف مجرد أمل وليس حقا ، وان اعتبره حقا لا مجرد أمل فى نصــوص اخــرى (Digeste) انظـــر بودرى وبارد ٢ فقــرة ٨٣٧ . أما تقـــاليد القـــانون الفرنسى القديم فكانت فى المعنى الاول ، وكان بوتييه يذهب الى ان الحـــق المعلق على شرط واقف ليس بحق وانما هو مجرد أمل (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢١٨ وفقرة ٢٢٢) .

ان الحق ، من حيث الوجود والنفاذ ، يتدرج بين مراتب سبع : ١ — مرتبة الحق المعدوم ، وهو مالا وجود له ولا يحتمل وجوده • ٢ — مرتبة الحق الاحتمالي ، وهو مالا وجود له ويحتمل وجوده : فهو معدوم على خطـر الوجود • ٣ — مرتبة الحق المعلق على شرط واقف ، وهو حق موجود فعلا ولكنه غير كامل الوجود • ٤ — مرتبة الحق المؤجل ، وهو حق موجود وجودا كاملا ولكنه غير نافذ • ٥ — مرتبة الحق المعلق على شرط فاسخ ، وهو حق موجود وجودا كاملا وهو في الوقت ذاتـه حق نافذ ، ولكنـه موجود على خطر الزوال • ٦ — مرتبة الحق المقترن بأجل فاسخ ، وهو حق موجود وجودا كاملا وهو نافذ الى أجل ثم ينقضي بانقضاء هـذا الاجل • ٧ — مرتبة الحق المنجز ، وهو حق موجود وجودا كاملا وهـو نافذ الى غير أجـل •

ويخلص من ذلك أن الحق المعلق على شرط واقف هو : ١ — حـق موجود (١) ٢ — ولكن وجوده غير كامل •

---

(١) ويقول اهرنج ان الحق المعلق على شرط واقف هو حـق موجود وجود الجنين في بطن أمه . فالحق كالانسان يتدرج نطفة ، ثم علقة ، الى أن يكمل خلقا سويا . والحق المعلق على شرط واقف يبدأ جنينـا وقت تعلـق الشرط ، الى أن يولد حيا عند تحققه ، أو ميتا عند تخلفه (روح القـانون الروماني ٤ ص ١٦٦ — ص ١٦٧) . ثم يقول (ص ١٧٤) ان الحق ينشـأ فورا من مصدره ، ولا يمكن أن يتخلل أى فراغ بين وجود المصدر ونشـوء الحق ، فمتى وجد الاتفاق المعلق على شرط واقف فقد وجد الحق المعلق على هذا الشرط ، لا يفصـل بينهما أية فترة من الزمن مهما قصرت ، كما لا يفصل بين الميلاد ودبيب الحياة في المولود أيه فترة من الزمن •

ويذهب شوس (Chausse) في مقاله في المجلة الانتقـادية (سنة ١٩٠٠ ص ٥٤٠ — ص ٥٤١) الى أن الرومان كانوا يميزون بين العنـاصر الذاتية (éléments subjectifs) للحق وعناصره الموضوعية (éléments objectifs) فالعناصر الذاتية للحق المعلق على شرط واقف يجب توافرها وقت الاتفـاق على هذا الحق ، فيوجد في هذا الوقت طرفا الحق ، وتتوافر فيهما الاهليـة اللازمة ، ويجوز أن ينتقل الحق الى غير صاحبه ولو قبل تحقـق الشرط . أما العناصر الموضوعية فيجب توافرها عند تحقق الشرط ، ففي هذا الوقت يتحدد محل الحق ، ويصح أن يكون هذا المحل غير موجود وقت الاتفـاق مادام انه سيوجد وقت تحقق الشرط •

=

٣٠ ــ الحق المعلق على شرط واقف حق موجود : وآيـة وجوده تظهر فيمـا يأتى :

١ ــ ينتقل هـذا الحق من صاحبه الى الغير بالميراث وغيره مـن أسباب انتقال الحقوق . فالحق المعلق على شرط واقف يورث ، ويجوز لصاحبه أن يوصى به ، وأن يتصرف فيه بالبيع والهبة والرهن وغير ذلـك من أنواع التصرف ، بل يجوز لصاحب هـذا الحق أن ينزل عنه بارادته المنفردة فيزول . وتنص المادة ٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنـانى على « أن الموجب الذى عقد على شرط التعليق ومازال الشرط فيه معلقا يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام » ، أى يمكن أن ينتقل بسبب خاص كالوصية والبيع والهبة ، أو بسبب عام كالميراث .

٢ ــ يجوز لصاحب الحق على شرط واقف أن يجرى الاعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف . ولايجوز للمدين تحت شرط واقف أن يقـوم بأى عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط ، أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة . وكل تصرف من جانب المدين يضـر بحقوق الدائن عند تحقق الشرط لايعتد به ، وذلك فيما عدا الحقوق التى كسبها الغير بحسن نية (م ٩٥ لبنانى) [١] .

٣ ــ يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يقوم بالاعمال

= ولكن بلانيول وريبير وبولانجيـه يذهبون الى أن الحق تحت شرط واقف ليس الامجرد أمل ، وأن كانوا يقولون أن الدائن تحـت شرط واقف يملك « شيئا » يجب الاعتداد به ، هو الامل فى أن يكون يومـا ما دائنا ، وهو امـل يحميه القانون وينظمه (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٥٨ وانظر أيضا الجزء الاول فقرة ٣٢٥) . ومادام القانون يحمى هذا « الامل » وينظمـه ، فهو اذن حق موجود وان كان غير كامل الوجود . وهذا هو الذى يميز بين الحق تحت شرط واقف وهو حق موجود كما قدمنا ، والحق الاحتمالى وهو لا يزيد على مجرد أمل .

انظر فى المعنى الذى نقول به كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٢ ــ جوسران ٢ فقرة ٧٤٠ ــ الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٥٨ . وقارن الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٢ .

(١) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠ .

التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كوضع الاختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون الرسمية وتجديد القيد والتدخل فى القسمة ورفع دعاوى تحقيق الخطوط ووضع الحراسة على الاعيان (١) . بل يجوز له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى هاتين الدعويين (٢) .

٤ — يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يدخل فى التوزيع ، ويطلب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ فى خزانة المحكمة وتعليق قبضه اياه على تحقق الشرط (٣) . ويجوز أن يوزع المبلغ على الدائنين التالين بشرط أن يقدموا كفالة تضمن رده فى حالة تحقق الشرط (٤). ولكن لا يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف حجز ما لمدينه لدى الغير ولا أن يقوم بأى حجز تحفظى آخر ، لان حقه غير حال الاداء ولا محقق الوجود (م ٥٤٣ و م ٦٠٤ مرافعات) ، ولكن

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥ — وانظر أيضا الفقرة الثانية من المادة ٩٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(٢) ويجوز للدائن تحت شرط واقف ان ياخذ بحقه كفيلا او رهنا او اى ضمان آخر (الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٢) . ومن الاعمال التحفظية التى يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يقوم بها قطع التقادم ضد حائز العين . ذلك أن التقادم فى هذه الحالة يسرى ضد المالك تحت شرط فاسخ ، ولكنه قد يتم قبل تحقق الشرط الوقف ، فاذا ما تحقق هذا الشرط ولم يستطع صاحبه قطع التقادم ، فانه لا يتمكن من نزع العين من حائزها بعد أن أصبح هذا مالكا لها بالتقادم . ومن ثم جاز للمالك تحت شرط واقف ان يقطع التقادم قبل ان يتم توقيا لهذا الضرر (اوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥) .

ولكن لا يعتبر عملا تحفظيا تطهير العقار المرهون ، فلا يجوز للمالك تحت شرط واقف لعقار مرهون أن يطهره ، ويجوز ذلك للمالك تحت شرط فاسخ اذ يعتبر التطهير عملا من اعمال الادارة كما سنرى (اوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٢) .

(٣) اوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٤ — توليبه ٦ فقرة ٥٢٨ — وبرانتون ١١ فقرة ٦٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٧٠ — لوران ١٧ فقرة ٨٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠ .

(٤) لوران ١٧ فقرة ٨٩ .

اذا حجز دائن آخر على ما للمدين لدى الغير ، كان الدائن تحت شرط واقف أن يدخل في التوزيع على النحو الذي سبق ذكره (١) .

٣١ — الحق المعلق على شرط واقف وجوده غير كامل : ولكن الحق المعلق على شرط واقف اذا كان موجودا ، فان وجوده ناقص لم يتكامل ، ولايتكامل الا اذا تحقق الشرط . ومن ثم يفقد هذا الحق الناقص ، في مرحلة التعليق ، مزايا الحق الكامل من وجوه عدة ، نذكر من بينها :

١ — لا يكون الحق المعلق على شرط واقف قابلا للتنفيذ القهرى وهو في حالة التعليق . فلا يستطيع الدائن تحت شرط واقف أن يقتضى جبرا من المدين الدين المعلق على هذا الشرط (٢) . بل لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يستعمل الدعوى البولصية وهى توطئة وتمهيد مباشر للتنفيذ القهرى ، فقد قدمنا أن حق الدائن في الدعوى البولصية يجب أن يكون مستحق الأداء والحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الاداء (٣)

---

(١) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٢٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٤ — الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٥٩ هامش رقم ١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كان الشرط الواقف من شانه أن يوقف نفاذ الالتزام الى ان تتحقق الواقعة المشروطه ، فيكون الالتزام في فترة التعلق موجودا ، غير ان وجوده ليس مؤكدا مما يترتب عليه انه لا يجوز للمستأجر خلالها ان يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا او اختيارا طالما لم يتحقق الشرط : نقض مدنى في ١٨ يناير سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا اذن القاضى باستبدال الوقف فان الاستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية الا اذا أوقعت المحكمة المختصة صيغة البدل الشرعية ، ومن ثم فالتعاقد بين وزارة الاوقاف وبين من يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها يعتبر معلقا على شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة بحيث اذا تخلف هذا الشرط بان رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل للراسى عليه المزاد فان التعاقد يصبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للراسى عليه المزاد اذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل الشرعية له واوقعتها لغيره وانتقلت ملكية العقار الى هذا الغير ، أن يرجع على وزارة الاوقاف بضمان الاستحقاق طبقا لاحكام البيع او أن يطالبها بالتعويض على اساس فسخ العقد ذلك أن الرجوع بضمان استحقاق المبيع لا يكون الا على اساس قيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يرد الا على عقد كان له وجود : نقض مدنى في ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ رقم ١٣ ص ١٢٣ .

٢ — لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختيارى . ليس ثمة بطبيعة الحال ما يمنع المدين تحت شرط واقف من أن يفى بالدين قبل تحقق الشرط ، ولا ما يمنع الدائن من تقاضى هذا الحق ، ولكن هذا الوفاء يكون وفاء بغير المستحق، فاذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق ، جاز له استرداده وفقا للقواعد العامة فى دفع غير المستحق (١) .

٣ — لما كان الحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الاداء لان وجوده لم يتكامل ، فان التقادم المسقط لايسرى بالنسبة اليه مادام حقا معلقا ، ولايسرى التقادم الا اذا تكامل وجود الحق وأصبح نافذا وذلك بتحقق الشرط .

٤ — اذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكية ، كان لهذا الحق مالكان : مالك تحت شرط واقف وهو الذى انتقلت له الملكية معلقة على هذا الشرط . ومالك تحت شرط فاسخ وهو من انتقلت منه الملكية الى المالك تحت شرط واقف (٢) . **فالمالك تحت شرط واقف حقه غير** كامل الوجود كما قدمنا ، أما حق المالك تحت شرط فاسخ فهو كامل الوجود . ومن ثم كان لهذا المالك أن يدير العين ، وأن يتصرف فيها ، وأن يطهر العقار ، وهو الذى يتحمل هلاك العين ، ويستطيع دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم عليها (٣) .

---

(١) ديرانتون ١٣ فقرة ٦٨٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٥٨٨ — لوران ١٧ فقرة ٩١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٦٠ .

(٢) انظر فى كل ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤ — ص ١٥ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٢ .

(٣) ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف ان يمنع هذا التنفيذ ، ولكن اذا تحقق الشرط الواقف كان له اثر رجعى ، فتزول الآثار التى ترتبت عليه (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٤) .

٢ ــ الشرط الفاسخ

٣٢ ــ الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود نافذ : قدمنا أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود وجودا كاملا ، وهو فى الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه حق موجود على خطر الزوال ٠

فصاحب هذا الحق يملكه حالا ، وله أن يديره وأن يتصرف فيه كما سبق القول ، ولكن تصرفاته تكون على خطر الزوال كحقه ، فاذا ما تحقق الشرط الفاسخ ، زال حقه وزالت معه جميع التصرفات التى أجراها فيه ٠

على أن هناك من الأعمال التى يقوم بها صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ما يبقى حتى بعد تحقق الشرط ، وهى أعمال الادارة المقترنة بحسن النية ، وسيأتى بيان ذلك ٠

وقد قدمنا أن المالك تحت شرط فاسخ هو الذى يتحمل تبعة هلاك العين ، وهو الذى يطهر العقار المرهون ، ويستطيع دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم على العين المملوكة تحت شرط فاسخ ويكون هذا التنفيذ معلقا الغاؤه على تحقق الشرط (١) ٠

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يحسب مدة حيازته للعين فى التقادم ، فاذا أكمل المدة ملك العين بالتقادم تجاه المالك الحقيقى ولحساب المالك تحت شرط واقف ، فاذا ما تحقق الشرط رجعت العين ،

= ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يأخذ بالشفعة حال تعليق الشرط ، ولا يأخذ بالشفعة الا اذا تحقق الشرط . كذلك البيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيه بالشفعة الا اذا تحقق الشرط ، ولا تجرى مواعيد الشفعة الا من وقت تحققه (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣) ٠

(١) اوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٢ ٠ ويدفع المالك تحت شرط فاسخ رسوم انتقال الملكية كاملة .

بعد أن تمت مدة التقادم ، لا الى المالك الأصلى بل الى المالك تحت شرط واقف (١) .

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يباشر دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة بالنسبة الى العين التى يملكها تحت هذا الشرط ، كما يستطيع أن يدفع عن نفسه كما لك أى اعتداء يقع على ملكيته .

واذا كانت العين المملوكة تحت شرط فاسخ نصيبا شائعا ، جاز للمالك تحت شرط فاسخ أن يطلب القسمة ، فاذا ما تمت كانت نافذة فى حقه وفى حق المالك تحت شرط واقف فى حالة تحقق هذا الشرط . ذلك أن القسمة اجراء من اجراءات الادارة التى تبقى قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ . ولكن يجوز للمالك تحت شرط واقف أن يتدخل فى

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٧٥ - وجاء فى الموجز للمؤلف : « واذا تلقى الدائن ملكية العين معلقة على شرط فاسخ ، وتبين بعد ذلك أن المدين الذى تلقى الدائن عنه الملكية كان لا يملك العين بل كان واضعا يده عليها ، فان الدائن يتملك العين بالتقادم اذا تأيد حقه بتخلف الشرط وكان قد أكمل المدة اللازمة لتملك العين بالتقادم . ففى بيع الوفاء لو أن البائع وفاء كان لا يملك العين ، ولكنه وضع يده عليها مدة اثنتى عشرة سنة ، ثم باعها وفاء ، وبقى المشترى واضعا يده مدة ثلاث سنوات أخرى ، وانقضى ميعاد الاسترداد دون أن يسترد البائع ، فان المشترى يتملك العين لا بالبيع لانه صدر من غير مالك ، بل بالتقادم بعد أن أكمل مدته خمس عشر سنة » (الموجز فقرة ٤٧٨ ص ٤٨٦) . ونلاحظ هنا ان المشترى وفاء قد اكمل التقادم اما لحسابه هو اذا لم يسترد البائع ، أو لحساب البائع اذا استرد . وفى حالة استرداد البائع للمبيع وفاء تعود اليه الملكية ، ويعتبر انه كسبها بالتقادم ، فقد وضع يده اثنتى عشرة سنه أكملها المشترى الى خمس عشرة .

وكما يسرى التقادم لصلحة المالك تحت شرط فاسخ ، كذلك يسرى التقادم ضده ، فلو أن عقارا باعه صاحبه تحت شرط واقف ، فبقى هو مالكا اياه تحت شرط فاسخ ، ثم اغتصب العقار شخص آخر ، فان المغتصب يكسب الملكية بالتقادم ضد المالك تحت شرط فاسخ ، ولا يقف التقادم لمصلحة المالك تحت شرط واقف (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٣) . ويذهب كثير من الفقهاء (ديرانتون ٩ فقرة ٣١٢ - لارومبيير ٢ م ١١٨١ فقرة ١٦ - لوران ١٧ فقرة ٩٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢١ - فقرة ٨٢٢) الى أن الحائز للعقار (المغتصب) يسرى تقادمه ضد المالك تحت شرط فاسخ أو ضد المالك تحت شرط واقف حسبما يتخلف الشرط أو يتحقق ، لان لتخلفه أو لتحققه أثرا رجعيا . فاذا تخلف الشرط اعتبر التقادم ساريا ضد المالك تحت =

اجراءات القسمة حتى يمنع أى غش أو تواطؤ بين الشركاء • ويستوى فيما قدمناه أن تكون القسمة قسمة قضائية أو قسمة رضائية (١) •

أما الدائن تحت شرط فاسخ ، أى من له حق شخصى معلق على هذا الشرط ، فان حقه يكون حالا واجب الاداء . ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعا أو كرها ، أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ الجبرى •

٣٣ — ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على خطر الزوال :
على أن الحق المعلق على شرط فاسخ معرض للزوال . وهو يزول فعلا بتحقق الشرط • فاذا كان الدائن تحت شرط فاسخ قد استوفى الدين من مدينة ، ثم تحقق الشرط ، جاز للمدين أن يسترد مادفع وفقا للقواعد

= شرط فاسخ الذى تأيدت ملكيته بتخلف الشرط ، واذا تحقق الشرط اعتبر التقادم ساريا ضد المالك تحت شرط واقف اذ يعتبر مالكا منذ البداية بتحقق الشرط . ولا نرى فى هذا الخلاف أهمية عملية مادام الجميع متفقين أن سريان التقادم لا يوقف ضد المالك تحت شرط واقف اذا ما تحقق الشرط وصار مالكا منذ البداية واعتبر التقادم ساريا ضده . والنتيجة العملية لا تتغير . فالحائز تحسب له مدة حيازته فى أثناء تعلق الشرط . اما ضد المالك تحت شرط فاسخ ، واما ضد المالك تحت شرط واقف . ولذلك رأينا فيما قدمناه أن المالك تحت شرط واقف يستطيع أن يقطع التقادم اثناء تعلق الشرط . ويعتبر هذا عملا من أعمال التحفظ المخولة له بموجب حقه المعلق على شرط واقف (انظر آنفا فقرة ٣٠ فى الهامش) •

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٦٧ — فقرة ٨٧٢ . ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يأخذ بالشفعة (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٧) ، ويبقى حقه على العقار الذى أخذه بالشفعة قائما حتى لو تحقق الشرط الفاسخ (استثناء من الاثر الرجعى) ، ولا يرد للمالك تحت شرط واقف عند تحقق الشرط الا العين الاصلية دون العين المشفوع فيها . ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ ان يطهر العقار المرهون ، ويكون التطهير باتا ولو تحقق الشرط الفاسخ (بودرى ٢ فقرة ٨٧٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٢ فقرة ٦٥٩) ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك . أنظر فى الاثر البات للاخذ بالشفعة وللتطهير : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٢١ — الموجز للمؤلف ص ٤٨٥ — الاستاذ احمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٨٨ ص ٥١٥) •

العامة فى دفع غير المستحق [١] •

ولا يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، كما قدمنا ، أن يأتى من الاعمال ما من شأنه أن يعوق الجانب الآخر — صاحب الحق المعلق على شرط واقف — من استعمال حقه اذا نفذ هذا الحق بتحقق الشرط [٢] •

المبحث الثانى

أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٣٤ — مسائل البحث : اذا انتهت مرحلة التعليق فان آمال الشرط يتبين ، فهو اما أن يتحقق واما أن يتخلف • وسواء تحقق أو تخلف فلكل من ذلك أثره ، فى حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ • ويكون لتحقق الشرط ، واقفا كان أو فاسخا ، أثر رجعى فى الكثرة الغالبة من الأحوال •

فنتكلم اذن فى المسائل الآتية : ١ — كيف يتحقق الشرط أو يتخلف •
٢ — أثر تحقق الشرط أو تخلفه فى حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ
٣ — الأثر الرجعى للشرط •

١ — كيف يتحقق الشرط أو يتخلف

٣٥ — العبرة بـارادة طرفى الالتزام فى تحقق الشرط أو تخلفه :

---

(١) ولا تقع المقاصة بين دين معلق على شرط فاسخ ودين بات ما بقى التعليق قائما (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ — الموجز للمؤلف ص ٤٨١) . ويذهب الاستاذ اسماعيل غانم (احكام الالتزام ص ٢٥٩ هامش رقم ٢) الى جواز المقاصة حالة التعليق لان الدين حال الاداء ، فاذا تحقق الشرط زالت المقاصة ، ويستند فى ذلك الى موسوعة داللوز ٢ فقرة ١٢٢ ص ٩١٠ • وتجوز المقاصة على كل حال بين دين كان معلقا على شرط فاسخ ثم تأيد وبين دين منجز منذ البداية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٨ ص ٤٨٦) •

(٢) أنظر فى كل ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٣ .

تنص المادة ١١٧٥ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « يجب أن يكون تحقق الشرط على الوجه الذى يظهر أن الطرفين قد أرادا وقصـــدا أن يكون (١) » . وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى المصرى ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بحكمه فى مصر دون حاجة الى نص فى ذلـــك .

وقاضى الموضـــوع هو الذى يقدر الوجه الذى يريد الطرفان أن يكون عليه تحقق الشرط ، وذلك بالرجوع الى نيتهما . فيقضى بأن الشرط قد تحقق أو تخلف (٢) ، ولامعقب على حكمه . فاذا كان الشرط عملا يجب القيام به ، نظر القاضى هل قصد الطرفان أن يقوم به شخص معين بالذات كما اذا كان عملا فنيا لشخصية القائم به اعتبار ملحوظ ، أو قصـــدا أن يقوم به أى شخص كما اذا كان عملا لا عبره فيه بشخصية القائم به . كذلك يقدر القاضى ما اذا كان الشرط يقبل التجزئة بحيث ان تحقق جزء منه قابله جزء من الالتزام المشروط ، أو أنه لا يقبل التجــزئة فاما أن يتحقق كله والا عد متخلفا . وقد يكون الشرط هو تحقيق غاية ، كما اذا كان زواجا اشـــترط على الدائن أن يعقدة ، فعلى الدائن أن يعقد هـــذا الزواج حتى يتحقق الشرط ، وليس له ان يحتج بأنه قد بذل جهده فى عقد الزواج ولكنه لم يوفق ، فالشرط هنا هو تحقيق غاية هى عقد الزواج فاذا لم تتحقق هذه الغاية ، مهما تكن هذه الأسباب لعدم تحققها ولو كانت اسبابا قاهرة ، اعتبر الشرط متخلفا . كما قد يكون الشرط هو بذل

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblement voulu et entendu qu'ellcle fût.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان مفاد تعلق العقد على شرطين ان تخلف احد الشرطين يكفى لعدم نفاده . فاذا استند الحكم فى استبعاد العقـــد الى عدم تحقق احد الشرطين كان ذلك كافيا وحـــده لحمـــل قضـــائه فى هـــذا الخصوص ، ويكون غير منتج النص عليه بانه اعتمد على تخلف الشرط الآخر الذى لم يؤذن باثباته : نقض مدنى فى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض لسنة ١٧ رقم ١٨٨ ص ١٣٥٩ .

عناية ، فعند ذلك يجب من يطلب منه بذل هذه العناية ألا يدخر وسعا فى تحقيق الغرض المقصود ، ولكن ليس عليه أن يتحقق هذا الغرض .

واذا تحقق الشرط أو تخلف ، فقد تحـدد مصيره على وجه نهائى لا سبيل الى الرجوع فيه . فاذا كان الشرط مثلا الزواج فى خلال مدة معينة ، وتم الزواج فى خلال هذه المدة ، فقد تحقق الشرط ولو وقـع الطلاق بعد ذلك . واذا لم يتم الزواج فى خلال المدة المعينة ، فقد تخلف الشرط ولو تم الزواج بعد إنتهاء هذه المدة (١) .

٣٦ — الشرط الذى حدد لتحققه أو لتخلفـه وقت معين : وتنص المادة ١١٧٦ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « اذا علق الالتزام على شرط هو أن يقع أمر فى وقت معين ، فان الشرط يعتبر متخلفا اذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر . فاذا لم يحدد لوقوع الأمر وقت ، جاز أن يتحقق الشرط فى أى وقت ولا يعتبر متخلفا الا اذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع » (٢) . وتنص المادة ١١٧ من نفس التقنين على أنــه « اذا علق الالتزام على شرط هو ألا يقع أمر فى وقت معين ، فان الشرط يتحقق اذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر . وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت اذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع . فاذا لم يحدد وقت ، فان الشرط لا يتحقق الا عندما يصبح مؤكدا عـدم وقوع الأمـر » (٣) . ولا مقابل

---

(١) أنظر فى كل هذه المسائل بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٠ — فقرة ٧٩٧.

(٢) **وهذا هو النص فى اصله الفرنسى :** Lorsqu'une obligation est contractée sousla condition qu'un évènement arrivera dans un temps ftxe, cette conditionest censée défaillir lorsque le temps est expiré sans que l'évènement soitarrivé.
S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillir que lorsqu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas.

(٣) **وهذا هو النص فى اصله الفرنسى :** Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expirèsans que l'évènementsoit arrivé : elle l'est également, si avant le terme il =

لهذه النصوص فى التقنين المدنى المصرى ، ولكن يمكن الأخذ بأحكامها دون حاجة الى نص لأنها ليست الا تطبيقا للقواعد العامة .

ومثل الشرط الذى يقع فى وقت معين أن يعلق الملتزم التزامه على عودة ابنه الغائب فى ميعاد يضربه ، فيقول اذا عاد ابنى الغائب فى خلال ثلاث سنوات مثلا . وقد لا يعين ميعادا ، فيقتصر على أن يقول اذا عاد أبنى الغائب . ومثل الشرط الذى لا يقع فى وقت معين أن يعلق الملتزم التزامه على انعدام خلف له ويضرب لذلك ميعادا ، فيقول اذا لم يولد لى ولد فى خلال سنتين مثلا . وقد لا يعين ميعادا ، فيقتصر على أن يقول اذا لم يولد لى ولد .

فاذا علق الملتزم التزامه على شرط أن يعود ابنه الغائب فى خلال ثلاث سنوات ، فان هذه المدة التى عينها تكون أحد عناصر الشرط ، ولا يتحقق الشرط الا اذا عاد ابنه فى خلال هذه المدة . فان انقضت دون أن يعود فان الشرط يتخلف ، حتى لو عاد الابن بعد ذلك بمدة وجيزة . ولا يجوز للقاضى أن يمد المدة ، توقعا لعودة الابن الغائب فى أجل قريب . وتسرى المدة فى حق القاصر وناقص الأهلية ولو لم يكن له ولى ، لأنها ليست مدة تقادم حتى يرد عليها الوقف ، كذلك لا يجوز

---

est certain que l'évènement arrivera pas ; et s'il n'y a pas de temps = déterminté, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'évènement n'arrivera pas.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان المدلول الظاهر للاتفاق المبرم بين الطرفين هو التزام الطاعن باستغلال سينما لحساب المطعون عليه الى أن يجد هو أو المطعون عليه خلال أجل محدد مستغلا لها وعندئذ يتعهد الطاعن بدفع نصف الايجار الذى يقدمه المستغل الجديد فان مؤدى ذلك ان هذا الالتزام مقيد بشرط وجود هذا المستغل خلال الاجل المتفق عليه بحيث ينتهى بانقضاء ذلك الاجل ، واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد اسس قضاءه بالتزام الطاعن بنصف الايجار عن المدة التالية لانتهاء الاجل استنادا الى عقد الاتفاق سالف الذكر يكون قد انحرف فى تفسير الاتفاق عن المعنى الظاهر له ومسخه مما يستوجب نقضه : نقض مدنى فى ٤ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٢ رقم ٦٤ ص ٤٤٤ .

قطعها كما تقطع مـدة التقـادم (١) • ويتخلف الشرط أيضـا ، حتى قبـل انقضاء المدة المعينة ؛ متى أصـبح من المؤكد أن الابن الغـائب لن يعـود ، بأن يموت مثلا قبـل انقضاء المدة (٢) أما اذا عـاد الابن الغائب فى خلال ثلاث سنوات ، فقد تحقق الشرط ، ويبت فى ذلك قاضى الموضوع دون معقب على حكمه • واذا كان الشرط غير مقترن بمـدة محددة ، بل كان مقتصرا على اشتراط عودة الابن الغائب ، فهو لايتحقق الا اذا عاد الابن • ولكنه يتحقق بعودة الابن فى أى وقت ، حتى لو كان ذلك بعد موت الملتزم ، فان التزامه المعلق على شرط ينتقل الى ورثته ، ويبقى معلقا بعد انتقاله الى الورثة حتى يعود الابن الغـائب • ولا يتخلف الشرط فى هذه الحالة الا اذا أصبح من من المؤكـد أن الابن الغائب لن يعود فى أى وقت ، ويكون ذلك اما بالتحقق من وفاته ، واما بانقضاء مدة طويلة من الزمن تصبح معها وفاته أمر يبلغ حد اليقين • ويجوز كذلك ، عند عدم تعيين مدة يتحقق فى خلالها الشرط ، أن يعين القاضى مدة معقولة ، مستخلصا اياها من نية الطرفين ومن ظـروف التعاقد وملابساته (٣) •

وما قدمناه ينطبق على الشرط السلبى : الا يقع أمر فى خلال مدة معينـة •

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٣٩ ـ فقرة ٣٤٠ ـ توليبه ٦ فقـرة ٦٠٨ ـ لوران ١٧ فقرة ٧٥ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٩ •

(٢) ولم يرد هذا الفرض فى المادة ١١٧٦ فرنسى ، كما ورد نظيره فى المادة ١١٧٧ فرنسى ، ولكنه حكم يستخلص من تطبيق القواعد العامة دون حاجة الى نص •

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٠ •

وقد قضت محكمة النقض بأن من القواعد العامة فى الاوصاف المعدلـة لاثر الالتزام انه اذا علق الالتزام على شرط هو الا يقع أمر فى وقت معين ، فان الشرط يتحقق اذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الامر ، وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت اذا اصبح مؤكدا عدم وقوع الامر ، وقد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه امرا يبلغ حد اليقين، وتقرير ذلك بأدلة مبررة عقلا مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع :

نقض مدنى فى ٣١ مارس ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ١٦١ ص ٨٢٨ •

فاذا علق الملتزم التزامه على شرط الا يولد له ولد فى خلال سنتين . فان الشرط يكون قد تحقق اذا انقضت هذه المدة (١) دون أن يرزق ولدا ، حتى لو رزق الولد بعد انقضاء المدة بوقت وجيز . بل أن الشرط يكون قد تحقق — وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١١٧٧ فرنسى — حتى قبل انقضاء المدة اذا أصبح مؤكدا أن الملتزم لن يولد له ولد ، بأن ثبت عقمه مثلا أو مات قبل انقضاء المدة . أما اذا رزق الملتزم ولدا فى خلال السنتين ، فان الشرط يكون قد تخلف ، حتى لو مات الولد بعد ذلك ولو كان موته قبل انقضاء السنتين . واذا كان الشرط غير مقترن بمدة ، بل كان مقتصرا على ألا يولد للملتزم ولد ، فان الشرط يتخلف اذا رزق الملتزم ولدا فى أى وقت الى أن يموت . ويتحقق الشرط اذا أصبح من المؤكد ألا يولد له ولد ، بأن أصبح عقيما مثلا أو ماتت زوجته وكان الشرط أن يكون الولد منها (٢) .

٣٧ — تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش : وتنص المادة ١١٧٨ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « يعتبر الشرط قد تحقق اذا كان المدين بالتزام معلق على هذا الشرط هو الذى منع تحققه » (٣) . وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى المصرى ، ولكن المشروع

---

(١) ولا تمد المدة ولا توقف ولا تنقطع .

(٢) وقد جاء فى المادة ٨٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : «اذا عقد موجب وكان معلقا بشرط وقوع حادث ما فى وقت معين ، فان هذا الشرط يعد غير متحقق اذا انصرم ذلك الوقت ولم يقع ذلك الحادث . ولا يجوز للقاضى على الاطلاق أن يمنح فى هذه الحالة تمديدا للمهلة . واذا لم يضرب اجل ما ، فان تحقق الشرط ممكن فى كل آن ، ولا يعد غير متحقق الا اذا أصبح من المؤكد أن الحادث لن يقع » . وجاء فى المادة ٨٩ من نفس التقنين : « اذا عقد موجب مباح شرعا على الا يطرأ حدث ما فى زمن معين ، فيعد هذا الشرط متحققا اذا انقضى هذا الزمن ولم يقع الحدث ، أو أصبح من المؤكد قبل الاجل المعين أنه لن يقع . واذا لم يكن ثمة وقت معين فلا يتحقق الشرط الا اذا بات من المؤكد أن الحدث لن يقع » .

(٣) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.

التمهيدى لهذا التقنين كان قد احتوى على نص مقابل هو المادة ٣٨٨ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ - يعتبر الشرط قد تحقق اذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه . ٢ - لا أثر للشرط الذى تحقق اذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق » . والنص كما نرى أكثر استيعابا وأوسع شمولا من نص التقنين المدنى الفرنسى (١) . ولكنه حذف فى لجنة المراجعة « لامكان استخلاص حكمه من القواعد العامة » (٢) .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « تواجه هذه المادة فرضين : أولهما يعرض حيث يحول ذو المصلحة فى تخلف الشرط دون تحققه بطريق الغش ، كما هو الشأن فى المدين بالتزام معلق على شرط موقف أو الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ . وفى مثل هذا الفرض يعتبر الشرط قد تحقق ولو أنه لا يزال متخلفا فى حكم الواقع ، جزاء ما وقع من غش المدين أو الدائن بحسب الاحوال . والثانى يعرض حيث يعمد ذو المصلحة ، على نقيض ما وقع فى الفرض الاول ، الى تحقيق الشرط بطريق الغش ، كما هو

---

(١) وقد اخذ من المادتين ١٣١ - ١٣٢ من التقنين الفرنسى والمادتين ٩١ - ٩٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى والمادة ١٦٢ من التقنين المدنى الالمانى (انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ٢ ص ٤٠٨ - ٤٠٩) .

وقد نصت المادة ٩٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: « ان الشرط الموقوف تحقيقه على اشتراك شخص ثالث فى العمل او على فعل من الدائن يعد غير متحقق اذا نكل الشخص الثالث عن الاشتراك او الدائن عن اتمام الفعل المعين وان يكن المانع غير منوط بمشيئته » . ونصت المادة ٩١ من هذا التقنين على أن « يعد الشرط متحققا حينما يكون المديون الملزم الزاما شرطيا قد منع بدون حق وقوع الحادث او كان متاخرا عن اتمامه » . ونصت المادة ٩٢ على انه « لا مفعول للشرط المتحقق اذا وقع الحادث بخدعة من الشخص الذى كان من مصلحته أن يقع هذا الحادث » .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١١ فى الهامش .

الشأن فى الدائن بالتزام معلق على شرط موقف (كالمستأمن اذا انتحر أو تسبب فى الحريق عمدا) ، والمدين بدين معلق على شرط فاسخ . ولا يرتب تحقق الشرط فى هذا الفرض أثرا ما ، بل يبرأ المـــدين من التزامه ، أو يظل مرتبطا به نهائيا ، رغم تحقق الشرط الموقف أوالفاسخ. ومن الواضح أن اقرار هذا الحكم قصد به الى قمع ما يقع من غش من المدين أو الدائن بحسب الاحوال (١) .

وواضح أن ذا المصلحة من الطرفين فى تخلف الشرط اذا حال دون تحققه بطريق الغش ، كالمدين تحت شرط واقف يحول دون تحقق هذا الشرط حتى لا ينفــذ التزامه (٢) ، أو الدائن تحت شرط فاسخ يحول دون تحقق هذا الشرط حتى يصبح حقه باتا لا يفسخ ، يكون قد عمل نقض ما تم من جهته ، ومن سعى الى نقض ما تم من جهته فســـعيه مردود عليه . وكذلك الحال فى ذى المصلحة من الطرفين فى تحقـــق الشرط اذا عمل على تحقيقه بطريق الغش ، كالمدين تحت شرط فاسخ يعمل على تحقيق هذا الشرط حتى يفسخ التزامه ، وكالدائن تحت شرط واقف يعمل على تحقيق الشرط حتى يصبح حقه نافذا . فى جميع هذه الاحوال يكون هناك خطأ من الطرف الذى عمل على تخلف الشرط أو على تحققه ، فيجب على التعويض عن خطأه . وخير تعويض هو أن يعتبر الشرط الذى عمل على تخلفه قد تحقق ، أما الشرط الذى عمل على تحققه قد تخلف ، فهذا هو التعويض العينى للخطأ الذى أرتكبه (٣) .

ولكن لابد أن يكون قد ارتكب خطأ فى الحيلولة دون تحقق الشرط

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١١ فى الهامش .

(٢) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن حق الدائن فى الالتزام المعلق على شرط واقف هو مما ينظمه القانون ويحميه . ولئن كان هذا الحق لا يعد نافذا الا اذا تحقق الشرط ، غير أن الشرط يعتبر قد تحقق ـــ ولو لم يقع بالفعل ـــ اذا حدث غش او خطأ من جانب المدين للحيلولة دون تحققه : نقض مدنى فى ٧يونية سنة١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٨٢من١٣٢٣.

أو دون تخلفه ، ولايكفى أن يكون بمجرد عمله قد حال دون ذلك من غير أن ينطوى هذا العمل على خطأ • فلو أن المؤجر التزم نحو المستأجر أن يؤجر له طابقا آخر من الدار اذا بقى فى الطابق الاول الذى أجره له مدة معينة ، ثم تأخر المستأجر عن دفع أجرة الطابق الاول مما دعا المؤجر أن يستصدر حكما عليه بالاخلاء قبل انقضاء المدة المعينة ، فلا يقال فى هذه الحالة أن المؤجر قد عمل ، باخراج المستأجر من الطابق الاول ، على تخلف الشرط مما يؤدى الى اعتباره متحققا • ذلك أن المؤجر لم يرتكب خطأ فى اخراج المستأجر من الطابق الاول ، بل المستأجر هو الذى أرتكب الخطأ بتأخره عن دفع الاجرة • واذا التزم شخص نحو ابنه باعطائه مبلغا من المال اذا لم يبن له دارا ، فان الأب يستطيع أن يبنى الدار للابن فيتخلف الشرط بذلك ، ولا يعتبر الأب مخطئا فى العمل على تخلف الشرط (١) • وانما يعتبر الطرف قد أخطأ فى العمل على تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفا ، فى الفرض الآتى : شخص تعهد باعطاء ايراد مرتب لشخصين طول حياتهما ، على أن من يموت منهما قبل الآخر يرتد ايراده الى صاحبه ، فيجمع هذا بين الايرادين • فاذا قتل أحد هذين الشخصين الآخر ، فانه يكون بذلك قد عمل غشا على تحقيق الشرط الذى يترتب على تحققه أن يرتد له ايراد الشخص المقتول ، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفا جزاء له على غشه ، ولا يرتد له هذا الايراد (٢) • كذلك اذا أحرق المؤمن على الحريق المكان الذى أمنه ، فانه لايستحق مبلغ التأمين •

على أنه ليس من الضرورى ، بعد أن حذفت نص المادة ٣٨٨ من

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٦ •

(٢) محكمة استئناف بواتييه أول فبراير سنة ١٨٨١ سيرية ٨٢ ـ ٢ ـ ٢٧ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٨ وقريب من ذلك الوارث اذا قتل مورثه ، فانه لا يرث فى الشريعة الاسلامية ، وان كان حق الوارث فى الميراث ليس حقا معلقا على شرط كما سبق القول .

المشروع التمهيدى وكان يشترط أن تكون الحيلولة دون تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش ، أن تكون الحيلولة حتما بهذا الطريق • بل يكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب من حال دون تحقق الشرط أو دون تخلفه ، ولو لم يصل هذا الخطأ الى درجة التعمد والغش • فاذا تعهد صاحب مصنع لموظفيه بأن يعطيهم تعويضا عن مصروفات انتقالهم الى المصنع اذا لم يقدم لهم عربة خاصة تنقلهم اليه ، فان مجرد تأخر أحد الموظفين عن ادراك العربة الخاصة يكون خطأ ، ويكون قد عمل على تحقيق الشرط بخطأ منه ، فلا يستحق تعويضا عن مصروفات انتقاله الى المصنع بوسائله الخاصة (١) •

---

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد : « ويعتبر الشرط قد تحقق حكما اذا منع المدين تحققه عن عمد أو اهمال (م ١١٧٨ فرنسى - استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١) . فاذا تعهد شخص لسمسار بأن يدفع له مبلغا من النقود اذا توسط السمسار فى بيع منزل مملوك للمتعهد بالثمن المناسب ، ووجد السمسار مشتريا بثمن مناسب ، وامتنع صاحب المنزل من بيعه عمدا أو أهمل حتى ضاعت الصفقة ، فان الشرط يعتبر متحققا حكما ، ويجوز للسمسار ان يطالب بالمبلغ الذى وعد به . ولكن اذا كان المدين فى منعه لتحقق الشرط انما كان يستعمل حقا له دون أن يتعسف فى استعماله ، فلا يعتبر الشرط متحققا حكما فى هذه الحالة . وقد ضرب بوتييه (الالتزامات فقرة ٢١٢) لذلك مثلا : اوصى شخص لآخر بمنزل بشرط ان يدفع الموصى له مبلغا من المال لشخص معين فى مدة سنة والا بقى المنزل للوارث • فاذا منع الوارث الموصى له من تحقيق الشرط الذى علقت عليه الوصية بأن حجز على أمواله لدين شخصى فى ذمة الموصى له للوارث ، وجعل الوارث الموصى له بذلك عاجزا عن دفع المال للشخص المعين فى المدة المحددة ، فان الشرط يعتبر متخلفا لا متحققا حكما ولو ان الوارث هو الذى منع تحقق الشرط ، لانه فى منعه لتحقق الشرط انما كان يستعمل حقا ثابتا له • وكما ان الشرط يعتبر متحققا حكما اذا منع المدين تحققه لسبب غير مشروع ، فانه كذلك يعتبر متخلفا حكما اذا حققه الدائن بعمل غير مشروع . فمن يتعاقد مع شركة تأمين على الحياة على ان الشركة تعطى ورثته مبلغا من المال اذا مات ، ثم يعجل بعد ذلك بموته بأن ينتحر مثلا ، فيحقق الشرط بعمل غير مشروع ، لا يكون بذلك قد حقق الشرط تحقيقا معتبرا ، بل يعد الشرط متخلفا حكما » (الموجز فقرة ٤٧٤ص٤٨٢) .
هذا ويلاحظ ان التزام شركة التأمين على الحياة باعطاء الورثة مبلغ التأمين ، اذا مات مورثهم المؤمن له ، ليس التزاما معلقا على شرط ، بل هو التزام =

ولا يطلب من الطرف ذى الشأن الا أن يثبت أن الطرف الآخر قد حال بخطأه دون تحقق الشرط أو دون تخلفه (١) .

ولكن يجوز للطرف الآخر أن يثبت أنه بالرغم من خطأه فان الشرط ماكان ليتحقق أو ماكان ليتخلف ، وفى هذه الحالة لايجوز اعتبار الشرط متحققا أو متخلفا مادام الخطأ ليس هو السبب الحقيقى فى تخلفه أو فى تحققه (٢) .

٢ — أثر تحقق الشرط أو تخلفه

٣٨ — الشرط الواقف — النصوص القانونية : رأينا أن المادة ٢٦٨ من التقنين المدنى المصرى تنص فى صدرها على ما يأتى : « اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط » (٣) .

= مقترن بأجل ، اذ الموت أجل لا شرط وان كان أجلا غير معين . ومع ذلك فانه اذا انتحر المؤمن له ، لم يحل الاجل ، وتبرأ ذمة شركة التأمين من التزامها بدفع مبلغ التأمين (أنظر فقرة ٧٥ فيما يلى) .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٠ .

(٢) لارومبيير ٢ م ١١٧٨ فقرة ١٠ — لوران ١٧ فقرة ٧٦ ص ٩١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٧ .

(٣) انظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له آنفا فقرة ٢٨ فى الهامش — وقد كانت المادة ١٠٤ / ١٥٨ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : « اذا كان فسخ التعهد معلقا على أمر محقق فالتعهد باطل ، ويبطل أيضا اذا كان فسخه معلقا على أمر مشكوك فيه فى الاصل ثم تحقق . واما اذا كان التعهد مشترطا فيه انه معلق على أحد الامرين ، فبوجود المعلق عليه يبطل الشرط ويثبت التعهد » . وصدر هذه المادة يعرض للشرط الفاسخ ، ويعرض العجز للشرط الواقف . والذى يعنينا هو الشرط الواقف ، فاذا كان التعهد معلقا عليه وتحقق الشرط — سواء كان محققا منذ البداية أو كان مشكوكا فى تحققه ثم تحقق ، ولا يعتبر فى الحالة الاولى شرطا بالمعنى الصحيح (الموجز للمؤلف ص ٤٨١ هامش رقم ١) — أصبح التعهد نافذا ، وهذا هو عين ما يقرره صدر المادة ٢٦٨ من التقنين المدنى الجديد ، فلا فرق اذن فى الحكم ما بين النصين .

فاذا تحقق الشرط الواقف اذن نفذ الالتزام المعلق عليه ، وكان قبل تحقق الشرط موقوفا كما رأينا (١) • فيجوز بعد تحقق الشرط للدائن أن ينفذ بحقه اختيارا أو اجبارا ، وله أن يستعمل الدعوى البوليصية تمهيدا لهذا التنفيذ • ولا يرد ما قبضه ، لأنه قبض ما هو مستحق له • ويسرى التقادم فى حق الالتزام منذ تحقق الشرط ، وكان لايسرى حال تعلقه • وقد تقدم بيان كل ذلك • هذا ويعتبر الالتزام بتحقق الشرط موجودا ، لا منذ تحقق الشرط فحسب ، بل منذ نشوء الالتزام (٢) ، وهذا هو الاثر الرجعى لتحقق الشرط وسيأتى بيانه • ويستخلص من ذلك أنه اذا تم العقد معلقا على شرط واقف ، لم يجز لاحد المتعاقدين أن يرجع فى تعاقده مابين تمام العقد وتحقق الشرط فان الشرط اذا تحقق اعتبر العقد قد تم وترتبت عليه جميع آثاره منذ انعقاده لا منذ تحقق الشرط (٣) •

أما اذا تخلف الشرط الواقف ، فان الالتزام الذى كان معلقا على هذا الشرط ــ وكان له وجود ناقص كما قدمنا ــ ينمحى ويصبح كأن لم يكن ، ولايعتبر له وجود ، لا كامل ولا ناقص ، منذ البداية ، وهذا هو الاثر الرجعى لتخلف الشرط (٤) • وينبنى على ذلك أن المدين اذا لم

---

(١) وقد كان للالتزام وقت تعلق الشرط وجود ناقص كما قدمنا ، وبتحقق الشرط يتكامل هذا الوجود ، ويصبح الالتزام كامل الوجود نافذا .

(٢) استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ •

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٧ •

(٤) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان البيع معلقا على شرط واقف هو رسو مزاد الاطيان الوارده به على البائع فى جلسه المزايده أمام المحكمة وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد فى تلك الجلسة على الطاعن (المشترى) دون البائع فانه يترتب على ذلك عدم انعقاد البيع واعتباره كان لم يكن ، ولا يعيده الى الوجود اجازة صاحب المصلحة فى التمسك بانعدامه مادام انه لم ينعقد اصلا منذ البداية نتيجة لاعمال الاثر الرجعى لتخلف الشرط الواقف ومن ثم فاستلام الطاعن للاطيان محل النزاع واقراره بشرائها وسداده اغلب ثمنها وتصرفة بالبيع فى جزء منها كل ذلك ليس من شأنه ان يعيد الى العقد وجوده : نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٦ ص ٤٩ .

يكن قد وفى شيئا من الالتزام كان غير ملزم بالوفاء أصلا ، واذا كان قد وفى شيئا فانه يسترده [١] • وينبنى على ذلك أيضا أن الدائن اذا كان قد تصرف فى الشيء ، فان تخلف الشرط الواقف يلغى جميع تصرفاته لانها جميعها كانت معلقة على هذا الشرط الواقف كما قدمنا [٢] •

٣٩ ـ الشرط الفاسخ ـ النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ـ يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام • ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه ، فاذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض » •

« ٢ ـ على أن أعمال الادارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط » [٣] •

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٩ •

(٢) على أن هناك أعمالا اذا نفذت لم يمحها تخلف الشرط الواقف • وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بانه اذا دفع المقرض للمقترض جزءا من القرض ، على أن له الباقى اذا قدم المقترض شهادة بخلو العقار المرهون ضمانا لهذا القرض من الحقوق العينية والتكاليف ، فان الرهن يبقى ضامنا للجزء المدفوع من القرض حتى لو ظهر أن العقار مثقل بحقوق سابقة (استئناف ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٤) •

(٣) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٣٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد • وفى لجنة المراجعة اقر النص بعد استبدال كلمة « استحال » بكلمة « تعذر » فى الفقرة الاولى ، واصبح رقمه المادة ٢٨١ فى المشروع النهائى • ووافق عليه مجلس النواب • وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة « نافذة » بكلمة « قائمة » فى الفقرة الثانية ، واصبح رقم المادة ٢٦٩ • ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦ و ص ١٨) •

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق صدر المادة ١٥٨/١٠٤ ، وهو كما رأينا يقضى بانه « اذا كان فسخ التعهد معلقا على أمر محقق فالتعهد باطل ، ويبطل أيضا اذا كان فسخه معلقا على أمر مشكوك فيه =

ونرى من ذلك أنه اذا تحقق الشرط الفاسخ ، فان تحققـه يزيل الالتزام المعلق عليه ، فيعتبر هذا الالتزام كأن لم يكن منذ البـداية بفضل الاثر الرجعى : وينفسخ الالتزام بقوة القانون ، دون حاجـة الى حكم أو اعذار ، ويترتب عـلى ذلـك ما يأتى : ١ ــ لا حاجة لطلب الفسخ ، ومن باب أولى لاستصدار حكم به ، ولكن اذا حصل نـزاع وجب الالتجاء الى القضاء ، لا ليقضى بالفسخ كما يفعل فى فسخ العقد

= فى الاصل ثم تحقق ، . والفسخ المعلق على أمر لا يعتبر فسـخا معلقا على شرط ، اذ الأمر المحقق لا يمكن أن يكون شرطا كما قدمنـا ، ومن ثم يكون التعهد غير موجود ما دام فسخة معلقا منذ البداية على أمـر محقق ، اى مادام مفسوخا منذ البداية . اما فى الحالة الثانية الواردة فى النص ، وهى حالة الشرط بالمعنى الصحيح ، فان الفسخ يكون معلقا على امر مشكوك فيه ثم يتحقق ، وبتحقق الشرط يزول الالتزام . وهذا هـو عين الحكم فى التقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢٦٦ (وهى مطابقة للمادة ٢٦٩ من التقنين المدنى المصرى) . وفى التقنين المدنى الليبى م ٢٥٦ (وهى مطابقة للمـادة ٢٦٩ من التقنين المدنى المصرى) . وفى التقنين المدنى العراقى : م ٣٨٩ ــ ١ ــ العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذا غير لازم . فاذا تحقق الشرط فسخ العقد ، وألزم الدائن برد ما أخذه ، فاذا استحال رده وجب الضمان . واذا تخلف الشرط لزم العقد . ــ ٢ ــ على ان اعمال الادارة التى تصـدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط . (ولا فرق فى الحكم بين التقنين العراقى والتقنين المصرى رغم اختلاف العبارة ، ويرجع اختلاف العبارة الى تأثر التقنين العراقى بتعبيرات الفقه الاسلامى ــ انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكـام الالتزام فقرة ١٣٩) . وفى تقنين الموجبـات والعقود اللبنانى : م ٩٧ ــ ان شرط الالغاء لا يوقف تنفيذ الموجب ، بل يقتصر على الزام الدائن برد ما أخذه عنـد تحقق الشرط . واذا لم يتمكن من رده لسبب هو مسئول عنه ، لزمـه بدل العطل والضرر . غير أنه لا يلزمه رد المنتجات والزيادات ، وكل نص يقضى عليه برد المنتجات يعد كأنه لم يكن ــ م ٩٩ ــ اذا تحقق شرط الالغاء ، فان الاعمال التى اجراها الدائن فى خلال ذلك تصبح لغوا ، ما عدا اعمال الادارة فانها تبقى ثابتة على كل حال . (ولا فرق فى الحكم ما بين التقنين اللبنانى والتقنين المصرى رغم اختلاف العبارة) .

وفى التقنين المدنى الكويتى م ٣٢٧ (تتفق مع المادة ٢٦٩ من التقنين المدنى المصرى) .

وفى التقنين المدنى الاردنى م ٣٩٩ (تتفق مـع المادة ٢٦٩ من التقنين المدنى المصرى) .

الملزم للجانبين اذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه ، بل ليقرر أن العقد قد انفسخ ، ولا يجوز له أن يمنح أيه مهلة • ٢ ــ يجوز لكل ذى مصلحة التمسك بانفساخ العقد ، فيستطيع دائنو البائع بعد انفساخ عقد المشترى أن يحجزوا على المبيع مباشرة بمجرد تحقق الشرط الفاسخ • ٣ ــ لا يجوز للطرفين باتفاقهما أن ينزلا عن الفسخ ، اذ يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، ولابد من ابرام عقد جديد ينعقد من وقت ابرامه •

وبتحقق الشرط الفاسخ تسقط جميع التصرفات التى صدرت من الدائن تحت شرط فاسخ ، ولا تبقى الا أعمال الادارة على الوجه الذى سنبينه فيما يلى • واذا كان الدائن قد استوفى الدين ، وتحقق الشرط الفاسخ ، فعليه أن يرده للمدين (١) ، واذا استحال الرد لغير سبب أجنبى ، كان عليه أن يعوض المدين عما أصابه من الضرر • أما اذا رجعت الاستحالة الى سبب أجنبى ، فقد انقضى الالتزام بالرد ، ولا محل للتعويض فى هذه الحالة • والالتزام بالرد مبنى على أساس دفع غير المستحق ، فانه لما تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى ، تبين أن الشىء الذى دفعه المدين للدائن لم يكن مستحقا ، فكان له الحق فى استرداده •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الالتزام فى عقد الهبه ــ شأنه شأن سائر العقود ــ قد يكون معلقا على شرط فاسخ ، فاذا تحقق الشرط ترتب على ذلك زوال الالتزام وجاز للواهب أن يسترد ما وهبه ولا يشترط فى هذه الحالة أن يستند الواهب الى عذر مقبول وانما يكفى تحقق الشرط . وكما كانت محكمة الموضوع قد استظهرت باسباب سائغة أن الدولة وهبت جمعية الاقتصاد لموظفى البريد التى يمثلها الطاعن المبلغ موضوع النزاع هبه معلقه على شرط فاسخ وهو عدم استحقاق مستخدمى المصلحة الخارجين على الهيئة والمؤقتين لمكافآت من قبل الدولة ، وأن هذا الشرط قد تحقق بصدور القانون رقم ٥٤٥ لسنة ١٩٥٣ الذى حمل الدولة بالمكافآت المستحقة لهم ، ورتب الحكم على ذلك قضاءه برد المبلغ الموهوب ، فانه لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ١٦ مارس سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٥٢ ص ٧٧٣ •

واذا تخلف الشرط الفاسخ ، فان الالتزام الذى كان معلقا عليه وكان على خطر الزوال يصبح باتا غير معرض للزوال ، وتصبح جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ هى أيضا باته غير قابلة للنقض . أما تصرفات الطرف الآخر التى كانت معلقة على شرط واقف ، ولم يتحقق هذا الشرط بتخلف الشرط الفاسخ ، فانها تزول بأثر رجعى كما قدمنا ويتم كل ذلك بمجرد تخلف الشرط الفاسخ دون حاجة الى حكم أو اعذار ، كما رأينا ذلك فى حالة تحقق هذا الشرط .

٤٠ — أعمال الادارة فى حالة تحقق الشرط الفاسخ : قدمنا أن جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ تسقط بتحقق الشرط فيما عدا أعمال الادارة . وقد نصت على ذلك صراحة ، كما رأينا ، الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ اذ تقول : « على أن أعمال الادارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط » . وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :

« أما ما يصدر من الدائن من أعمال الادارة فيظل قائما رغم تحقق الشرط ، ذلك أن هذه الاعمال لا تؤثر فى الحقوق التى استقرت نهائيا من جراء تحقق الشرط . ثم أنه من الأهمية بمكان أن يكفل لها ماينبغى من الاستقرار . وغنى عن البيان أن بقاء الأعمال التى تقدمت الاشارة اليها مشروط بحسن نية من صدرت عنه وعدم تجاوزه المألوف فى حدود الادارة . فاذا كان عمل الادارة اجارة مثلا ، وجب الا تجاوز مدتها ثلاث سنوات » (١) .

والمثل المألوف لاعمال الادارة هو الايجار . ويدخل فى أعمال الادارة أيضا قبض الاجرة وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن وتجديد القيد وتسجيل العقد ونحو ذلك ، بل يدخل فى أعمال الادارة ، فلا ينفسخ بتحقق الشرط الفاسخ، القسمة وتطهير العقار . فاذا أجرى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ .

المالك قسمة العين الشائعة التى يملكها تحت شرط فاسخ ، فان هـذه القسمة ، سواء كانت قضائية أو رضائية ، لاتنفسخ بتحقق الشرط ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك • وكذلك الامر فيما يتعلق بتطهير العقار اذا كان مثقلا برهن وأجرى المالك تحت شرط فاسخ تطهيره ، فلا يعود مثقلا بالرهن حتى لو تحقق الشرط الفاسخ (1) • كما تقدم القول •

ولكن يشترط لبقاء أعمال الادارة بالرغم من تحقـق الشرط الفاسخ أمران : ١ — أمر ذاتى ، هو حسن نية صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، فيجب ألا يتخذ من أعمال الادارة ذريعة يتوسل بها الى تعطيل حق الطرف الآخر اذا تحقق الشرط الفاسـخ • ٢ — وأمر موضوعى ، هو ألا يجاوز فى أعمال الادارة الحد المألوف ، فلا يعقـد اجارة لمدة تجاوز ثلاث سنوات ، ولايبيع الا الموجود من المحصولات فيمتنع عليه بيع المحصولات المستقبلة لسنين قادمة ، وهكذا •

والسبب فى بقاء أعمال الادارة واضح ، لان هذه الاعمال ضرورية ويجب القيام بها فى وقتها المناسب ، ويجب أن يكون لها من الاستقرار مايكفل لها البقاء حتى يتيسر اجراؤها • ولما كان صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ هو الذى يملك الادارة ، فقد يسر له القانون مهمتـه بأن أبقى أعماله قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ ، مادام قـد توافر فيها الشرطان المتقدمان •

٣ — الاثر الرجعى لتحقق الشرط

٤١ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٧٠ من التقنين المـدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا تحقق الشرط اسـتند أثره الى الوقت الذى نشأ فيه

---

(1) انظر فى هذا المعنى انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Condition فقرة ٦٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩ • وانظر فى أن هذه المسألة مختلف فيهـا : بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٧٣ — بودرى ولوان ٣ فقرة ٢٣٤٠ — فقرة ٢٣٤٦ •

الالتزام ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله انما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط» .

« ٢ - ومع ذلك لايكون للشرط أثر رجعى اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لايد للمدين فيه (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٠٥/١٥٩ و ١٠٦/١٦٠ و ٢٦٩ مكررة / ٣٤٠ (٢) . ولا فرق فى الحكم بين التقنينين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٠ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٥٧ ، وفى التقنين المدنى العراقى ٢٩٠ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٩٥و٩٦و٩٨و٩٩ ، وفى التقنين المدنى الكويتى م ٣٢٨ ، وفى

---

(١) **تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٩١ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد** ، بعد أن ابدلت فى لجنة المراجعة كلمة « انسحب » بكلمة « استند » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٢ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٠ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٩ و ص ٢١ ص ٢٢) .

(٢) **التقنين المدنى السابق : م ١٠٥/١٥٩ - اذا تم الشرط بوقوع** الامر المعلق عليه وجود التعهد أو بطلانه ، فيعتبر التعهد والحقوق اللاحقة له مستحقة او لاغية من وقت الاتفاق على هذا الشرط .

م ١٠٦/١٦٠ : **ومع ذلك اذا صار الوفاء بالمتعهد به غير ممكن قبل وقوع الامر المعلق على وجود التعهد ، فلا يكون لهذا الامر تأثير عند وقوعه**

م ٢٦٩ مكررة/٣٤٠ : لايضر وقوع الشرط الذى يجهله الدائن المرتهن لعقار بالحقوق الآيلة اليه من البائع تحت شرط توقيفى أو من المشترى تحت شرط فاسخ (قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٤٣) : وهذا النص فى التقنين المدنى السابق يقابل المادة ١٠٣٤ من التقنين المدنى الجديد . ويلاحظ ان العقد المعلق على شرط لابد من شهره معلقا بالشرط ، فاذا ماتحقق الشرط اثر ذلك فى حق الدائن المرتهن ، وهذا خلافا لحكم المادة ٢٦٩ مكررة /٣٤٠ من التقنين المدنى السابق (الأستاذ أحمد حشمت ابو ستيت فقرة ٦٨٨ ص ٥١٥) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤٠٠ (١) .

وهذه المسألة هى من أهم المسائل فى الشرط . ويختلف الشرط عن

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٢٧٠ (مطـابقة للمادة ٢٧٠ من التقنين المـدنى المصرى) .

التقنين المـدنى الليبى : م ٢٥٧ (مطابقة للمـادة ٢٧٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٢٩٠ (مطابقة فى الحكم للمادة ٢٧٠ مـن التقنين المدنى المصرى : انظر الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٤٣ — فقرة ١٤٨)

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٥ : أن الموجب عليه تحـت شرط التعليق لايمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة فى حالة تحقق الشرط . وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الاعمال التى أجراها الموجب عليه فى خلال ذلك ملغاة على قدر مايكون فيها من الاضرار بالدائن ماعدا الحقوق المكتسبة شرعا لشخص ثالث حسن النية .

م ٩٦ : اذا هلك أو تعيب موضوع الموجب المعلـق على شرط قبل تحقق الشرط فتطبق القواعد الآتية : اذا هلك الشىء جميعه ولم يكن هلاكه ناشئا عن فعل أو خطأ من المديون ، فيبقى تحقق الشرط بدون مفعول ويعـد الموجب كأنه لم يكن . واذا كان هذا الموجب ناشئا عن عقد متبادل فان الشىء يهلك على المديون . بمعنى انه لا يحـق له أن يطـالب الدائن بتنفيذ الشىء المقابل . واذا تعيب الشىء أو نقصت قيمته بلا فعل ولا خطأ من المديون ، وجب على الدائن قبوله بحاله دون تخفيض من الثمن . واذا هلك الشىء جميعه بخطأ أو بفعل المديون ، حق الدائن أن يطلب بدل العطل والضرر . واذا تعيب الشىء أو نقصت قيمته بخطأ أو بفعل من المديون ، كان للدائن أن يختار اما قبول الشىء على حالته واما الغاء العقد ، وفى الحالتين لايحرم حق المطالبة ببدل العطل والضرر عند الاقتضاء . كل ذلك اذا لم يشـترط الفريقان خلافه .

م ٩٨ : ان القاعدة المنصـوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٩٥ تطبق على الموجبات المعقودة على شرط الالغاء ، فيما يختص بالأعمال التى أجرها ذاك الذى تلغى حقوقه بتحقق الشرط ، ماخلا الحقوق المكتسـبة شرعا لشخص ثالث حسن النية .

م ٩٩ اذا تحق شرط الالغاء فان الأعمال التى أجرها الدائن فى خلال ذلك تصبح لغوا ، ماعدا أعمال الادارة فانها تبقى ثابتة على كل حال .

(والتقنين اللبنانى ، كمانرى ، لايصرح بمبدأ الأثر الرجعى لتحقيق الشرط ، ولكنه يورد أهم تطبيقاته وأهم استثناءاته . ولعله تأثر بالنقد الذى يوجه عادة من الفقه الحديث الى مبـدأ الاثر الرجعى . وهو فى تبعة الهلاك يتمشى مع أحكام القـانون المدنى الفرنسى الا فى التعيب والهلاك الجزئى . =

الأجل بوجه خاص فى أن للشرط أثرا رجعيا ليس للأجل (١) ، وفى أن الشرط أمر غير محقق الوقوع والأجل أمر محقق .

ونتكلم ، فى الأثر الرجعى للشرط (٢) ، فى المسائل الآتية :
١ — الأساس الذى يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعى وتقدير هذا المبدأ .
٢ — ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعى . ٣ — ما يستثنى من اعمال الأثر الرجعى .

٤٢ — الاساس الذى يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعى — تقدير هذا المبدأ : أشرنا فيما قدمناه الى أن لتحقق الشرط ، سواء كان الشرط واقفا أو فاسخا ، أثرا رجعيا . وهذا ما تقوله صراحة المادة ٢٧٠ مدنى ، فهى كما رأينا تقرر أنه اذا تحقق الشرط استند الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام .

ونبدأ ببيان الأساس الذى يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعى ، وقد تشعبت الآراء فى بيان هذا الأساس .

= التقنين المدنى الكويتى : م ٣٢٨ (مطابقة للمادة ٢٧٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى : م ٤٠٠ — المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط . (لم يأخذ المشرع الاردنى بما جرت عليه القوانين الحديثه وهو اسناد أثر الشرط الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام لتعارضه مع المبادىء العامة فى الفقه الاسلامى التى تقضى بان المعلق يثبت عند ثبوت الشرط لا قبله) .

(١) لم يكن القانون الرومانى فى عهده المدرسى يجعل للشرط اثرا رجعيا فى كل الصور . فقد كان الأثر الرجعى لتحقق الشرط الواقف مختلفا فيه بين الفقهاء المدرسيين ، ولم يكن لتحقق الشرط الفاسخ فى هذا العهد المدرسى اثر رجعى . وانما جعل لتحقيق الشرط اثر رجعى فى جميع الصور فى عهد جوستينيان (جيرار الطبعة الثامنة ص ٥٠٨ — شوس Chousse فى مقاله فى الأثر الرجعى للتصرفات فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠ ص ٥٢٩ — ص ٥٤٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص ٣٨٦ — ص ٣٨٧) .

(٢) انظر فى هذه المسالة : رسالة فلدرمان Felderman باريس سنة ١٩٣٥ — مرلان Merlin فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٤٨ ص ٢٧١ ومابعدها — تقرير هوان Houin وكزافييه جان Xavier Jane فى مجموعة جمعية هنرى كابيتان ٣ ص ٢٤٢ ومابعدها .

فمن الفقهاء من يذهب الى أن الأثر الرجعي لتحقق الشرط ليس الا مجرد افتراض وهمي (Fiction) من جانب المشرع ، الغرض منه تفسير بعض النتائج التي تترتب على تحقق الشرط ، ومن ثم لا يجوز التوسع فى اعمال هذا الأثر الرجعي ، بل يجب قصره على الاحوال التى قصد المشرع صراحة أو ضمنا أن يكون لتحقق الشرط فيها هذا الأثر (١) •
ولكن هذا الراى لا يحل الاشكال ، اذ يبقى أن نعرف لماذا افترض المشرع هذا الافتراض الوهمى فى النتائج التى رتبها على تحقق الشرط •

ومن الفقهاء من يذهب الى أن الأثر الرجعي لتحقق الشرط ليس الا تعبيرا ملائما للقول بأن تحقق الشرط ليس من شأنه الا تثبيت حق كان موجودا من قبل ، وهذا التثبيت (confirmation) هو كل المقصود بالأثر الرجعى • وعلى هذا المعنى لا يكون الأثر الرجعى افتراضا وهميا من جانب المشرع ، بل هو استجابة لحقيقة واقعة ، فالحق المعلق على شرط موجود منذ وجود الاتفاق ، وما تحقق الشرط بمنشىء له بل هو تثبيت لوجوده (٢) • ولكن يؤخذ على هذا الرأى أنه يقتصر على تفسير الشرط الواقف دون الشرط الفاسخ • ويؤخذ عليه ، حتى فى تفسيره للشرط الواقف ، أنه يفرض أن الحق المعلق على شرط واقف موجود منذ البداية وتحقق الشرط انما يقتصر على تثبيته ، وهذا التفسير مصادرة على المطلوب ، فان وجود الحق منذ البداية لم نقل به الا لأن للشرط أثرا رجعيا ، فلا يجوز أن يفسر هو نفسه هذا الأثر الرجعى (٣) •

---

(١) أوبرى ورو وبارتان ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٦ هامش رقم ٦٠ مكرر ثالثا ــ بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٩ ــ بلانيول وريبير وبونجيه ٢ فقرة ١٣٦٦

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٧٧ ــ لارومبيير ٢ م ١١٧٩ فقرة ٩ ــ ماركاديه ٤ م ١١٧٩ فقرة ٥٥٨ •

(٣) ويذهب اهرنج الى أن القانون الرومانى كان يقول بالأثر الرجعى ويفسر ذلك باعتبارات عملية ، وبأن الحق قد وجدت بذرته منذ البداية كالجنين ، وان كان المنطق يقضى بألا يكون هناك اثر رجعى ، وانه يجب التربص حتى يولد الحق (اهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ ص ١٦٧) •

ويذهب كولان وكابيتان الى أن الأثر الرجعى للشرط ليس الا تطبيقا لمبدأ القاضى بأن فاقد الشيء لا يعطيه (nemo plus juris ad alium transferre Potese quam ipso habet) فصاحب الحق المعلق على شرط واقف أو شرط فاسخ لا يستطيع أن يتصرف فى هذا الحق الا تحت الشرط الواقف أو الشرط الفاسخ ، والا أعطى أكثر مما يملك (١) .
ولكن هذا التفسير لا يكفى لتأسيس الاثر الرجعى ، فاذا كان المالك تحت شرط فاسخ لا يستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك ، فان هذا لا يمنعه من أن ينقل ما يملك . وهو يملك حقا معلقا على شرط فاسخ ، فيستطيع أن ينقله ، حتى اذا ما تحقق الشرط لم ينتج أثره الا من وقت تحققه لا منذ البداية . فالمبدأ القاضى بأن فاقد الشيء لا يعطيه لا يقتضى حتما الأخذ بمبدأ الأثر الرجعى لتحقق الشرط .

وقد ذهب بعض رجال الفقه الحديث الى انكار الأثر الرجعى للشرط ، اذ يرونه مجافيا للواقع ، ومعطلا لحرية تصرف المالك فى ملكه ، وضارا بالغير اذ يبقى على الدوام مهددا بهذا الأثر الرجعى ، وبذلك لتعقد المعاملات ولا تستقر الحقوق (٢) . وقد عمدت بعض التقنينات

---

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٨ — ولكنهما يقولان ايضا انه يجب عدم اعتبار الاثر الرجعى مبدأ عاما ، بل الاصل هو أن الاثر لا يترتب الا عند تحقق الشرط ، مع استثناء بعض حالات يكون فيها الاثر الرجعى تفسيرا قويا لفكرة تثبيت الحق الموجود من قبل (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩) . والفقيهان يقلبان الوضع بذلك : فان الاصل هو الاثر الرجعى والعكس هو الاستثناء .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص ٣٨٩ — ص ٣٩٠ .

(٣) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٣٠ و٢ فقرة ١٣٧٣ . ويقول بيدان ولاجارد (٨ ص ٥٤١ هامش رقم ١) انه منذ آخر القرن التاسع عشر أخذ بعض رجال الفقه الحديث ينتقدون فكرة الاثر الرجعى لتحقق الشرط ، وبخاصة رجال الفقه الرومانى تحت تأثير وندشايد (Winscheid) ، اذ ذهبوا الى أن الاثر الرجعى فى نظرية الشرط تزيد يضيق الباحث (جيرار الطبعة الثامنة ص ٥٠٧ — ٥٠٨) .
وجاء فى الموجز للمؤلف عن المذهب المنكر للاثر الرجعى ما يأتى :
« وهناك مذهب حديث ينكر أن يكون للشرط اثر رجعى ، ويرى أن اسناد اثر الشرط لتاريخ سابق على تحققه أو تخلفه أمر مخالف لطبيعة الاشياء =

الحديثة فعلا الى انكار أن يكون لتحقق الشرط أثر رجعي ، كما فعل

= وان الطبيعي هو ان ينتج تحقق الشرط او تخلفه ما يترتب عليه من الاثر من الوقت الذي وقع فيه هذا التحقق أو هذا التخلف لا قبل ذلك ، لان تحقق الشرط أو تخلفه هو العلة لهذا الاثر والمعلول لا يسبق العلة . ويدعم المذهب هذه الحجة المنطقية باعتبارات تاريخية وعملية . فمن الناحية التاريخية يستند الى أن القانون الروماني لم يقرر مبدأ الاثر الرجعي للشرط كقاعدة عامة ، بل أن هناك نصوصا وردت في هذا القانون تتناقض مع الاثر الرجعي . ولم يخرج فقهاء القانون الفرنسي القديم عن تقاليد القانون الروماني في هذا الصدد ، ولم يأت بوتييه الا (بحالتين) يفسرهما بالاثر الرجعي . وقد نقل قانون نابليون نظرية الاثر الرجعي للشرط عن بوتييه ، فلم يرد أن يخرج بها عن صورها التقليدية الضيقة . اما من الناحية العملية فان نظرية الاثر الرجعي ليست ضرورية بالنسبة لبعض النتائج ، وليست صحيحة بالنسبة لبعض النتائج الاخرى . فهي ليست ضرورية بالنسبة للنتائج التي سبق ايرادها كتطبيق لها ، ويمكن تفسير هذه النتائج بغير نظرية الاثر الرجعي : ١ — فالحق المعلق على شرط موقف ينقل الى الورثة لان له وجودا احتماليا كما قدمنا ، فينتقل بحالته هذه من المورث الى الوارث ، ولا حاجة في تفسير هذا الحكم الى القول بالاثر الرجعي . ٢ — والرهن الذي يضمن حقا معلقا على شرط موقف يعتبر تاريخه من وقت الاتفاق على الرهن لا من وقت تحقق الشرط ، لان الحق كان له وجود احتمالي وقت الاتفاق على الرهن ، واذا كان الرهن جائزا لضمان الاشياء المستقبلة فأولى أن يجوز لضمان الاشياء الموجودة ولو كان وجودها احتماليا . ٣ — وتصرف الدائن في حق معلق على شرط موقف تصرف في شيء موجود ولو وجودا احتماليا . اما تصرفه في حق معلق على شرط فاسخ ، وزوال هذا التصرف بتحقق الشرط ، فيرجع الى ان الشخص لا يستطيع أن ينقل الى الغير أكثر مما يملك ، والدائن وقت تصرفه في الحق المعلق على شرط فاسخ كان يتصرف في حق قابل للزوال ، فلا يستطيع ان ينقل الى الغير الا حقا قابلا للزوال . ٤ — واذا أدى المدين حقا معلقا على شرط موقف ، فانه لا يستطيع أن يسترد ما دفع بعد تحقق الشرط ، لان الحق قد وجد في ذمته وجودا مؤكدا بتحقق الشرط قبل أن يطالب بالاسترداد ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطالب باسترداد ما دفعه وفاء لحق مؤكد في ذمته . اما اذا أدى حقا معلقا على شرط فاسخ ثم تحقق الشرط ، فله أن يسترد ما دفعه لانه عندما استرد لم يكن هناك حق مترتب في ذمته يمنع من الاسترداد ، ونظرية الاثر الرجعي ليست صحيحة بالنسبة للنتائج الآتية : ١ — اذا كان الحق المعلق على شرط موقف متعلقا بعين ، وهلكت العين قبل تحقق الشرط ، فانها تهلك على المدين حتى لو تحقق الشرط بعد الهلاك . وقد تقدم ذكر هذا الحكم ، وهو حكم يتناقض مع نظرية الاثر الرجعي ، اذ لو كان لتحقق الشرط اثر رجعي في هذا الفرض . لاعتبرت العين مملوكة للدائن من وقت الاتفاق لا من وقت تحقق الشرط ولكانت وقت الهلاك ملك للدائن ، فكانت تهلك عليه لا على المدين . ٢ — اذا طهر الحائز لعقار مرهون العقار من الرهن ، كان =

التقنين الألمانى وتقنين الالتزامات السويسرى (١) . ولم يستبق الأثر الرجعى الا التقنينات اللاتينية ، وقد سار على نهجها التقنين المصرى ، القديم (٢) والجديد .

والصحيح فى نظرنا أن فكرة الأثر الرجعى لتحقق الشرط تستجيب فى أكثر الأحوال لظروف التعاقد وللنية المحتملة للمتعاقدين . ذلك أن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد ان كان الشرط يتحقق أولا يتحقق ، ولو أنهما كانا يعرفان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعلاه عقدا

= يملكه بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحققه اثر رجعى بالنسبة لتطهير العقار ، ويبقى العقار مطهرا من الرهن . ٣ — اذا أخذ الشفيع عقارا بالشفعة ، وكان يملك العقار المشفوع به بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحققه اثر رجعى بالنسبة للشفعة ، ويبقى الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه . ٤ — اذا كان الحق معلقا على شرط موقف ، فلا يسرى التقادم بالنسبة له الا من وقت تحقق الشرط ، ولا يكون لتحقق الشرط اثر رجعى فى هذه الحالة . ٥ — اذا قام الدائن بعمل من أعمال الادارة فى الحق المعلق على شرط فاسخ ، كان آجر المشترى وفاء العين لا عن غش ولمدة لاتزيد على ثلاث سنوات ، ثم تحقق الشرط ، فلايكون لتحققه اثر رجعى بالنسبة للايجار ، بل يبقى الايجار ساريا فى حق البائع وفاء اذا استرد العين المبيعة . ٦ — ... فيتبين من ذلك ان الفروض التى لاتطبق فيها نظرية الاثر الرجعى لاتقل عن الفروض التى تطبق فيها هذه النظرية ، وان هذه الفروض الأخيرة يمكن تفسيرها بغير نظرية الأثر الرجعى ، فلا حاجة لنا اذن بنظرية غير ضرورية فى بعض التطبيقات وغير صحيحة فى البعض الآخر » (الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٠) .

(١) أنظر المواد ١٥٨ و ١٦٩ و ١٦١ من التقنين المدنى الألمانى . وهذه النصوص تقضى بأن الشرط ، واقفا كان أو فاسخا ، ليس لتحققه أثر رجعى الا اذا اتفق الطرفان على ان يكون لتحققه هذا الأثر فى العلاقة فيما بينهما . والحقوق العينية التى تصدر ، أثناء تعلق الشرط ، من ناقل الملكية تحت شرط واقف أو من متلقيها تحت شرط فاسخ ، تسقط بتحقق الشرط ، ولكن هذا لايعنى اطلاقا أن لتحقق الشرط أثرا رجعيا ، فان هذه الحقوق انما تسقط من وقت تحقق الشرط ، فلا يزيد أثر تحقق الشرط هنا عن أثر حلول الأجل الفاسخ (بودرى وبارد ٢ ص ٤١ — ص ٤٢) .

وانظر المادتين ١٧١ و ١٧٤ فقرة ثانية من تقنين الالتزامات السويسرى وهما تنفيان الأثر الرجعى لتحقق الشرط الا اذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٢ — ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ — ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٥٠ .

بسيطا منجزا(١) • فيمكن اذن فى كثير من الاطمئنان تفسير نيتهما على أنهما انما أرادا أن يسندا أثر العقد الى وقت التعاقد لا الى وقت تحقق الشرط •

ومن أجل ذلك لم يجعل المشرع مبدأ الأثر الرجعى من النظام العام فلا تجوز مخالفته ، بل جعل للمتعاقدين الحق فى أن يفصحا عن نيتهما ، فان كانا لا يريدان أن يجعلا الشرط أثرا رجعيا فليس عليهما الا أن يبينا ما أرادا ، وعند ذلك لا يكون لتحقق الشرط أثر رجعى ، لأن النية الحقيقية للمتعاقدين قد تعارضت مع النية المحتملة ، ولا شك فى أن الأولى تنسخ الثانية • وليس على المتعاقدين ضير من الأثر الرجعى ماداما يقصدان هذا الأثر ، ولا على الغير ضير من ذلك أيضا مادامت قواعد الشهر تحمى الغير من المفاجآت(٢) • ويستطيع المشرع أن يفرض أن ارادة المتعاقدين قد انصرفت الى الأثر الرجعى الا اذا ظهر العكس ، كما فعل التقنينان الفرنسى والمصرى • كما يستطيع أن يفرض أنهما أرادا الأثر الفورى الا اذا ظهر العكس ، كما فعل التقنينان الألمانى والسويسرى • والفروق العملية ما بين الطريقتين فروق محدودة ، فكل طريقة تقرر أصلا ثم تستثنى منه ، وتكادان تتفقان على حدود الأصل والاستثناء • ولكن الأفضل التمشى مع النية المحتملة للمتعاقدين ، وجعل الأصل هو الأثر الرجعى لتحقق الشرط • لذلك نرى أن التقنين المدنى الجديد لم يخطىء

---

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى : « وانصار هذا المذهب يدافعون عنه بانه يترجم بامانة عن النية الحقيقية للمتعاقدين ، فان مذين لو علما وقت الاتفاق هل يتحقق الشرط او يتخلف لبنيا تعاقدهما على هذا الحساب منذ الاتفاق . فاذا كانا قد جهلا الغيب ، ولم يعلما بتحقق الشرط أو بتخلفه وقت الاتفاق ، فليس هذا الجهل الاضطرارى بمانع من انهما يريدان ارجاع اثر الشرط الى وقت الاتفاق ، وقد كان يفعلان ذلك لو انهما استطاعا أن يتبينا مآل الشرط منذ الوقت » (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٧ وهامش رقم ١) .

(٢) انظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤١ ـ جوسران ٢ فقرة ٤٧٢ ـ فقرة ٧٤٣ ـ انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (Condition) جان دى جارو دى ميشينى (jean de Garreau de la Méchenie) فقرة ٥٥ ـ وانظر المادة ١١٠ من المشروع الفرنسى الايطالى ـ وقارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩ ص ٤٥٠ ـ الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٨٩ .

فى استبقائه لمبدأ الأثر الرجعى على غرار التقنينات اللاتينية ، مع تقييد هذا الأصل باستثناءات تقتضيها حاجات التعامل (١) . وهذا ما ننتقل الآن الى بيانه .

٤٣ — ما يترتب من النتائج على الاثر الرجعى لتحقق الشرط : ونشير الى بعض من النتائج الهامة التى تترتب على الأثر الرجعى لتحقق الشرط فيما يأتى :

١ — التصرفات التى تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح ، عند تحقق الشرط ، نافذة منذ البداية (٢) . فلو أن مالكا لعين

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٩ — ص ٢٠) فى هذا الصدد ما يأتى : « ولم يحد المشروع فى هذا الشأن عما جرت عليه التقاليد اللاتينية ، بل جعل الاصل فى اثر الشرط ان يستند او ينعطف الى الماضى فيما عدا استثناءات معينة . فالقاعدة العامة هى انسحاب اثر تحقق الشرط الموقف او الفاسخ الى وقت التعاقد . والواقع ان هذا الحكم ليس الا تفسيرا معقولا لارادة المتعاقدين ، فلو انهما كانا من مبدأ الامر على يقين من تحقق الشرط ، لردا اثره الى وقت انعقاد العقد . ويتفرع على فكرة استناد اثر الشرط أن الدائن بالتزام معلق على شرط موقف يترتب حقه لا من وقت تحقق الشرط فحسب ، بل من تاريخ انعقاد العقد . وكذلك الشأن فى حق الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ ، فهو يعتبر كأن لم يكن قد ترتب قط ، لا من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ انعقاد العقد . واذا كان التقنين الألمانى والتقنين السويسرى قد أعرضا عن فكرة استناد الشرط وشايعتهما فى ذلك تقنينات كثيرة ، فمن المحقق أن هذه التقنينات جميعا لم تمض فى هذا السبيل الى اقصى غاياته . فهى تخفف من آثار عدم الاستناد الى حد بعيد بمقتضى طائفة من التصرف الخاصة (أنظر المواد ١٥٩ — ١٦١ من التقنين الالمانى) . والحق أن شقة الخلاف بين المذهب اللاتينى والمذهب الجرمانى فيما يتعلق بأثر الشرط ، ليست من السعة كما قد يحسب البعض .. فالأحكام العملية أو التطبيقية تكاد تتماثل فى ظل كل من هذين المذهبين ، والواقع أن الخلاف بينهما لايعدو أن يكون خلافا فى التصوير لا اكثر . فالمذهب اللاتينى يجعل من استناد أثر الشرط قاعدة عامة ويجيز مع ذلك الاتفاق على عكسها ، بينما يجعل المذهب الجرمانى من عدم استناد هذا الاثر قاعدة عامة مع اباحة الخروج عليها » .

(٢) استئناف أهلى أول ديسمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٢٦ — بنى سويف ١٣ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ٣٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن قائمة مزاد استبدل الاموال الموقوفة هى =

تحت شرط واقف باع هذه العين أو رهنها ، ثم تحقق الشرط الواقف ، فانه يتحقق بأثر رجعي لا بالنسبة الى المالك تحت شرط واقف وحده ، بل أيضا بالنسبة الى المشترى منه أو المرتهن . فيعتبر المالك تحت شرط واقف بعد تحقق الشرط مالكا للعين منذ البداية (١) ، ويترتب على ذلك أنه يعتبر مالكا للعين وقت أن باعها للغير أو رهنها . ومن ثم تنتقل الملكية الى المشترى أو ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن لا من وقت تحقق الشرط الواقف ، بل من وقت التعاقد مع المالك(٢) . وعكس ذلك هو الذى

= عقد بيع معلق على شرط واقف ، هو اجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية وصدور صيغته منها ، وانه يتحقق هذا الشرط يكون البيع نافذا من وقت رسو المزاد ومؤدى ذلك ان قرار الموافقة على الاستبدال وصيغته لا يخرجان عن كونهما اجازة للعقد بشروطه السابق الاتفاق عليها بين الطرفين على أساس من قائمة مزاد الاستبدال : نقض مدنى فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٤٠ ص ١٤١٣ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن ما تضمنته قائمة مزاد استبدال الأطيان الموقوفة من أن من يرسو عليه المزاد لا يستحق فى الريع الا اذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال ، وانه الى ان يتم ذلك لامسئولية على وزارة الاوقاف فى شىء يتعلق بالعقار الذى يكون فى هذه الحالة تحت يدها ولها حق تأجيره واستغلال ريعه ، وان الراسى عليه المزاد ملزم باحترام عقود التأجير الصادرة منها ولو كان ذلك قبل تاريخ توقيع الصيغة الشرعية بيوم واحد ، ما تضمنته القائمة من ذلك لا يسوغ القول باعتبار هذا البيع معلقا على شرط فاسخ ، وذلك لأن اجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية ، ثم توقيع صيغته منها ، ليست شرطا فاسخا وانما هى شرط واقف ، ولو أن النتيجة بالنسبة الى موضوع النزاع لا تختلف بتخلف الشرط ان اعتبر فاسخا أو بتحققه ان كان واقفا ، فانه فى كلتا الحالتين يكون البيع نافذا من وقت رسو المزاد لا من وقت توقيع الصيغة الشرعية (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤) .

(٢) واذا باع شخص دارا تحت شرط واقف هو أن يرحل لسكنى مدينة اخرى ، ثم باع نفس الدار بعد ذلك بيعا منجزا الى شخص آخر ، ثم تحقق الشرط ورحل لسكنى المدينة الاخرى ، فقد اختلف الفقهاء فى فرنسا فى مصير البيع الثانى بعد أن تحقق الشرط الواقف وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعى فأصبح غير مالك عند صدور البيع الثانى منه . . وقد ذهب أوبرى ورو الى ان الشرط ارادى ، فلا يجوز ان يكون له اثر رجعى بالنسبة الى المشترى الثانى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٩ وهامش رقم ٦٦ — انظر أيضا : توليه ٦ فقرة ٥٤٦ — تروبلونج فى الرهون الرسمية ٢ فقرة ٤٧٤) . ولكن بودرى وبارد يذهبان الى ان الشرط هنا ليس شرطا اراديا =

يترتب على الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ • فلو أن مالكا تحت شرط فاسخ تصرف فى العين ببيع أو برهن ، ثم تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى فاعتبر أنه لم يكن مالكا منذ البداية ، فان البيع الذى صدر منه أو الرهن يكون قد صدر من غير مالك ، فلا تنتقل الملكية الى المشترى ، ولا ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن • ويلاحظ أن هذا الحكم الأخير ، فى حالة المنقول ، يخفف من حدته قاعدة أخرى هى القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية فلو كان المبيع أو المرهون منقولا ، وكان البائع أو الراهن مالكا تحت شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط بأثر رجعى ، فزالت عن المالك الملكية منذ البداية ، فان المشترى أو الدائن المرتهن ، وان اعتبر أنه تعامل مع غير مالك فلا ينتقل اليه الحق بالعقد ، ينتفع من جهة أخرى بقاعدة الحيازة فى المنقول ، فينتقل اليه الحق بالحيازة •

٢ ــ اذا باع شخص عقارا تحت شرط واقف ، فأصبح هو نفسه مالكا تحت شرط فاسخ ، ثم نزع دائن مرتهن للبائع ملكية العقار ، وتحقق الشرط بعد ذلك ، فان الأثر الرجعى لتحققه يجعل المشترى مالكا منذ البيع لا منذ تحقق الشرط ، فان كان الدائن المرتهن الذى نزع الملكية لم يقيد حقه الا بعد تسجيل البيع ، فان نزع الملكية لا ينفذ فى حق المشترى • أما اذا كان الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع ، فانه يكون نافذا فى حق المشترى ، فينفذ فى حقه أيضا نزع الملكية (١) •

= محضا ، اذ هو خاضع لظروف وملابسات لا سيطرة للملتزم عليها ، فالشرط صحيح ، واذا تحقق كان لتحققه أثر رجعى حتى بالنسبة الى الغير ، فيعتبر المشترى الثانى قد اشترى من غير مالك ، وتكون ملكية الدار للمشترى الاول (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٥ ــ وانظر أيضا : لارومبيير ٢ م ١١٧٩ فقرة ١٠ ــ ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٨٦ ــ فقرة ٣٨٧ ــ لوران ١٧ فقرة ٨٦ ــ هيك ٧ فقرة ٢٥٦) •

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٩ ــ فاذا فرض ان العقار المبيع تحت شرط واقف كان مثقلا برهن صادر من البائع للبائع تحت شرط واقف ، فان البائع تحت شرط واقف ــ وهو مالك فى الوقت ذاته تحت شرط فاسخ ــ يعتبر بالنسبة الى الرهن حائزا للعقار المرهون • فاذا طهره من الرهن =

واذا كان بيع العقار معلقاً على شرط فاسخ ، ونزع ملكية العقار دائن مرتهن للمشترى تحت شرط فاسخ ، وتحقق الشرط ، فان نزع الملكية لا ينفذ فى حق البائع الذى استعاد ملكيته بأثر رجعى بمجرد تحقق الشرط ، فلا ينفذ فى حقه الرهن الذى رتبه المشترى ، ومن ثم لا ينفذ فى حقه نزع الملكية (١) .

٣ — اذا كان المدين تحت شرط واقف قد اعتقد خطأً أن الشرط قد تحقق فوفى بالدين ، فقد قدمنا أن له أن يسترده وفقا للقواعد العامة فى دفع غير المستحق . ولكن جواز الاسترداد مقصور على المرحلة التى يكون فيها الشرط معلقا ، فاذا ما تحقق الشرط فانه يتحقق بأثر رجعى ، ويتبين أن المدين وقت أن دفع كان مدينا فعلا ، فلا يستطيع أن يسترد ما وفاه (٢) .

وعكس ذلك هو الذى يترتب على الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ . فلو أن المدين أدى للدائن تحت شرط فاسخ حقه ، فانه يكون مؤديا لدين مستحق عليه فلا يستطيع أن يسترده مادام الشرط معلقاً . فاذا ما تحقق الشرط زال حق الدائن بأثر رجعى ، وكان للمدين أن يسترد ما دفع ، اذ يتبين أنه وقت أن دفع لم يكن مدينا فيكون قد دفع غير المستحق .

٤ — اذا ارتهن دائن تحت شرط واقف عقارا ضمانا لدينه ، وقيد الرهن قبل تحقق الشرط ، فأن مرتبة الرهن تكون من يوم قيده لا من يوم

= ولم ينته التطهير الى نزع الملكية ، ثم تحقق الشرط ، فأصبح المشترى تحت شرط واقف مالكا للعقار منذ البداية ، فانه يأخذه مطهرا من الرهن ، ولا تزول اجراءات التطهير بتحقق الشرط . أما اذا انتهى التطهير الى نزع الملكية ، فان نزع الملكية يكون نافذا فى حق المشترى تحت شرط واقف عند تحقق الشرط ، لان الرهن كان نافذا فى حقه (لارومبيير ٢ م ١١٨١ فقرة ٧ — لوران ١٧ فقرة ٩٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٩ ص ٤٦ هامش رقم ٢) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٠ — اما اذا وجد على العقار رهن صادر من البائع ، فان نزع الملكية ولو تم بناء على طلب دائن مرتهن للمشترى ، يكون نافذا فى حق البائع وفاء للرهن الصادر منه هو (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٠)

(٢) بلانيول روبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٧٠ — جوسران ٢ فقرة ٧٤٢ .

تحقق الشرط ، اذ يعتبر الدين موجودا وقت قيد الرهن بفضل الأثر الرجعى لتحقق الشرط [١] •

٥ — يعتبر عقد التأمين على الحياة عادة معلقا على شرط واقف هو دفع القسط الأول من التأمين ، فاذا دفع المؤمن عليه هذا القسط تحقق الشرط بأثر رجعى • واعتبر عقد التأمين نافذا من وقت التعاقد لا من وقت تحقق الشرط • فلو أن شخصا أمن على حياته ، ثم مات قبل حلول القسط الأول ، ودفع هذا القسط من تركته ، فان عقد التأمين يعتبر نافذا قبل وفاة المؤمن على حياته ، ومن ثم يكون مبلغ التأمين مستحقا •

٦ — للدائن تحت شرط واقف ، اذا تحقق الشرط ، أن يطعن بالدعوى البوليصية فى تصرفات مدينه ، حتى ما كان منها سابقا على تحقق الشرط ، فان حقه يعتبر ، بفضل الأثر الرجعى ، موجودا منذ الاتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر سابقا على تصرف المدين [٢] •

٧ — اذا كسب شخص حقا معلقا على شرط واقف ، فى ظل تشريع معين ، وقبل تحقق الشرط صدر تشريع جديد من شأنه أن يؤثر فى هذا

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٧٠ — وجاء فى الموجز للمؤلف : « فلو أن مدينا رتب على عقاره رهنا يضمن التزاما فى ذمته معلقا على شرط واقف ، وقبل تحقق الشرط رتب على نفس العقار رهنا آخر يضمن التزاما فى ذمته منجزا ، ثم تحقق الشرط ، فان الالتزام الذى كان معلقا على هذا الشرط يعتبر موجودا من وقت الاتفاق عليه لا من وقت تحقق الشرط ، ويكون الرهن الضامن لهذا الالتزام سابقا فى التاريخ للرهن الضامن للالتزام المنجز » (الموجز فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٨) .

ويقول بودرى وبارد فى هذه المسألة ان هذا لا يدل على اثر رجعى ، فالدين الاحتمالى اذا أخذ به رهن وقيد الرهن ، كانت مرتبته من وقت القيد لا من وقت وجود الدين ، مع انه لا محل فى هذه الحالة للقول بالأثر الرجعى (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٤) .

وتنص المادة ١٠٥٧ مدنى على ان « تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط او كا دينا مستقبلا او احتماليا » .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٣ .

الحق ، ثم تحقق الشرط ، فإن التشريع الذي يسري هو التشريع القديم لا التشريع الجديد ، اذ يعتبر الحق ، بفضل الأثر الرجعي ، موجـودا منذ البدايه اي منذ أن كان التشريع القديم ساريا [1] .

٤٤ ـ الاستثناءات من مبدأ الاثر الرجعي لتحقق الشرط :

هذه الاستثناءات ذكرتها النصوص صراحه ، وهي أربعة [2] :

١ ـ فقد قدمنا أن الفقرة الثانيه من الماده ٢٦٩ مـدني تقضي بان أعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقي نافـذة رغم تحقـق الشرط الفاسخ . وكان مقتضى الأثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ ان تسقط هذه الاعمال ، ولكنها تبقي نافذة بالرغم من تحقق الشرط مادامت قـد تمت بحسن نيه في الحدود المألوفة للادارة ، وقد تقدم بيان ذلك [3] . ومن أعمال الادارة كما رأينا ، الايجار لمدة لا تزيد علي ثلاث سنوات ، وقبض الأجرة وقبض المحصولات والثمار [4] ، وبيعها ، وقيد الرهن ، وتجديد القيد ، وقسمة العين الشائعة ، وتطهير العقار المرهـون [5] .

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥ .

(٢) ويلاحظ أن منطقـة الأثر الرجعي للشرط ، بل منطقـة الشرط نفسه ، محصورة في الشرط وهو ينشأ من ارادة المتعاقدين ، فقد قدمنا أن الشرط لا مصدر له الا الارادة . أما حيث يقرر القانون شرطا يعلق عليـه حكما من الاحكام ، فذلك لا يعتبر شرطا كما راينا ، وليس لتحققـه اثـر رجعي ، فان الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت الا عند تحقق شرطه ، امـا قبله فلا ، لان الاصل ان الاثر لا يسبق المؤثر (نقض مدني ٢١ سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٨٥) .

(٣) انظر انفا فقرة ٤٠ .

(٤) ديمولومب ٢٥ فقرة ٤٠٠ وما بعدها ـ بودرى ، وبارد ٢ فقـرة ٨٢٤ ـ انظر عكس ذلك : توليه ٦ فقرة ٥٦٣ ـ لوران ١٧ فقرة ٥٨ ـ كذلك اذا دفع المالك تحت شرط فاسخ التأمين ، ثم تحقق الشرط وزالت ملكيته بأثر رجعي ، فلا يسترد الاقساط التى دفعها ، لان دفع أقسـاط التأمين يعتبر من أعمال الادارة (بيدان ولا جارد ٨ ص ٥٤٤ هامش رقم ١)

(٥) وقد قدمنا أن المالك تحت شرط فاسخ له حق الاخذ بالشـفعة ، فاذا أخذ عقارا بالشفعة ، ثم تحقق الشرط الفاسخ فزالت ملكيته عن العقار المشفوع به ، فان الاثر الرجعى لتحقيق الشرط لا يؤثر فى ملكيته للعقـار المشفوع فيه ، بل يستبقى هذا العقار . ولا يرجع ذلك الى أن الاخـذ بالشفعةيعتبر من أعمال الادارة ،بل الى اعتبارات عملية تتعلق بوجوب =

٢ ـ ثم أن المادة ٢٧٠ مدنى أوردت ، كما رأينا ، ثلاثة استثناءات أخرى من مبدأ الأثر الرجعى لتحقق الشرط : (أ) اذا تبين من ارادة المتعاقدين أنهما استبعدا الأثر الرجعى • (ب) اذا كانت طبيعة العقد تستعصى على الأثر الرجعى • (جـ) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبى قبل تحقق الشرط •

أما أن ارادة المتعاقدين قد تستبعد الأثر الرجعى ، فهذا هو الذى يتفق مع الأساس الصحيح الذى يقوم عليه الأثر الرجعى فيما قدمناه • فقد أسلفنا أن الأثر الرجعى انما يقوم على نية المتعاقدين المحتملة ، فاذا تعارضت هذه النية مع النية الحقيقية ، فلا شك فى أن النية الحقيقية هى التى يعمل بها • ومن ثم يكون للمتعاقدين أن يستبعدا ، صراحة أو ضمنا ، كل أثر رجعى للشرط • على أنه يجب التشدد فى استخلاص النية الضمنية للمتعاقدين فى استبعاد الأثر الرجعى ، فان القانون صرف نيتهما المحتملة الى استبقاء هذا الأثر ، ولابد من قيام دليل واضح على أنهما قصدا العكس (١) •

٣ ـ وأما مايرجع الى طبيعة العقد فأهم تطبيق لذلك هو العقد الزمنى • ففى عقد الايجار أو عقد العمل أو عقد التوريد اذا كان العقد معلقا على شرط فاسخ ، وبقى منفذا مدة من الزمن ثم تحقق الشرط ، فان طبيعة الأشياء هنا تستعصى على الأثر الرجعى ، اذ لا يمكن الرجوع فى الزمن ، وما تم من العقد يبقى ، ولا يفسخ العقد الا عن المستقبل (٢) •

= استقرار التعامل • ومما يخل بهذا استقرار ان يجيز الشفيع ، بعد الاخذ بالشفعة ، ان يرد العقار المشفوع فيه الى المشترى ، او ان يباح له هذا الرد •

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٤ •

(٢) أنظر فى العقد الزمنى الوسيط جزء اول فقرة ٦٥ ـ فقرة ٦٦ ـ وانظر بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٤٧ • ومما تستعصى طبيعته على الاثر الرجعى أن يتعاقد شخص مع آخر على انه اذا باشر الاول عملا معينا استخدم فيه الثانى ، ويباشر الواعد هذا العمل المعين فيستخدم الموعود له ولكن منذ =

٤ — وأما ما يرجع الى صيرورة تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبى قبل تحقق الشرط ، فنميز بين ما اذا كان الشرط واقفا أو فاسخا . فان كان واقفا ، كما لو كان المالك لعين معينة قد باعها تحت شرط واقف وهلكت العين فى يده لسبب أجنبى قبل تحقق الشرط ، فيستوى هنا أن يكون للشرط أثر رجعى أو لا يكون . ذلك أنه اذا جعل له أثر رجعى ، وتبين أن العين قد هلكت وهى فى ملك المشترى ولكن قبل أن يتسلمها ، فان تبعة الهلاك تكون على البائع فى القانون المصرى ، كما لو لم يكن للشرط أثر رجعى (١) . أما فى القانون الفرنسى فالأمر يختلف ، لأن تبعة الهلاك قبل التسليم فى هذا القانون على المشترى ، فلا يكون للشرط أثر رجعى حتى لا تنتقل الملكية الى المشترى ، فيبقى الهلاك على البائع (٢) . أما اذا كان الشرط فاسخا ، كما لو كان المشترى تحت شرط فاسخ تسلم العين المبيعة وهلكت فى يده لسبب أجنبى ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ، فان مقتضى الأثر الرجعى أن العين تعتبر عند هلاكها مملوكة للبائع فتهلك عليه ، ولكن النص صريح فى وجوب استبعاد الأثر الرجعى فى هذه الحالة ، وتهلك العين على المشترى لا على البائع .

= القيام بالعمل ، لان طبيعة التعاقد لتستعصى على الاثر الرجعى . كذلك اذا وقف الدائن اجراءات التنفيذ تحت شرط فاسخ هو تأخر المدين فى دفع أحد أقساط الدين ، فان تحقق الشرط الفاسخ ، وتأخر المدين فى دفع قسط ، لا يكون له أثر رجعى بالنسبة الى الزمن الذى وقفت فيه اجراءات التنفيذ . فان الزمن هنا ، كما فى العقد الزمنى ، اذا مضى لا يعود (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١) .. والالتزام المعلق على شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم الا منذ تحقق الشرط ، خلافا لمبدأ الاثر الرجعى ، ومطاوعة لطبائع الاشياء .

(١) واذ فرض ، خلافا للمألوف ، أن البائع سلم المبيع للمشترى قبل تحقق الشرط ، وهلك المبيع فى يد المشترى ، ثم تحقق الشرط ، فهنا يختلف الحكم : لو كان البيع منجزا لكان الهلاك على المشترى فى هذه الحالة لانه تسلم المبيع ، أما وهو معلق على شرط واقف فالهلاك على البائع وفقا لأحكام المادة ٢٧٠ / ٢ مدنى (أنظر الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٠ . وقارب الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٦٦ هامش رقم ١) .

(٢) أنظر فى تبعة الهلاك فيما اذا كان الشرط واقفا فى القانون الفرنسى المادة ١١٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، وأنظر بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٤٤ — فقرة ٧٤٥ .

الفصــل الثــانى

الأجــل *

(Le terme)

٤٥ ـ **قيام الاجل والآثار التى تترتب عليه** : نبحث فى الأجــل ، كما بحثنا فى الشرط ، أمرين :

(أولا) قيــام الأجــل ، ونعنى بذلك كمــا عنينــا فى الشرط : ١ ـ مقومات الأجل ٢ ـ نوعى الأجل الواقف والفاسخ ٣ ـ المصدر المنشىء للأجل وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل •

(ثانيا) ما يترتب على الأجل بعد قيامه من الآثار •

وسنسير ، بقدر الامكان ، فى الأجل على نفس الترتيب والســياق الذى سرنا عليه فى الشرط ، حتى نتبين الموافقات بينهما والمفارقات •

(*) مراجع : بنكاز (Bonnecase) ٢ فقرة وما بعدهــا ـ أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ وما بعدها ـ بلانيــــول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ وما بعدها ـ بيدان ولاجارد ٨ فقــــرة ٦٩٨ وما بعدها ـ بلانيول وريبير وبولانجية ٢ فقرة ١٤٩١ وما بعدها ـ كولان وكابيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ٤٠١ وما بعدها ـ جوسران ٢ فقرة ٧٢٢ وما بعدها .

لاباتيه Labatut نظرة الميسرة رسالة من تولوز ســنة ١٩٢٧ ـ لاجرانج (Lagrange) أزمة العقد ومهمة القاضى (Le crise du contrat et le role du juge) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ ـ دفو (Deveau) نظرة الميسرة فى التقنين المدنى والتشريعات المعاصرة رسالة من باريس ســنة ١٩٣٧ ـ بنزييــه (Ponsier) نظرة اليسرة رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ ـ كاريه سيرات (Carré Serat) تأجيل الديون (moratoires) ونظرة الميسرة رسالة من باريس ســنة ١٩٣٨ ـ رولان تكســييه (Roland Texier) نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ ـ لورانس (Lorans) نظرة الميسرة وتسوية الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ ـ داترى (Datry) فى حلــول الدين (L'échéance) رســالة من ليون ســنة ١٩٤٥ •

الفــرع الاول

قيــام الأجــل

المبحث الاول

مقومات الاجل

٤٦ ــ النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ــ يكون الالتزام لأجل اذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع » .

« ٢ ــ ويعتبر الامر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيــه » .

وتنص المــادة ٢٧٢ على ما يأتى :

« اذا تبين من الالتزام أن المدين لايقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعادا مناسبا لحلول الأجل ، مراعيا فى ذلــك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه » (١) .

---

(١) **تاريخ النصوص :**

م ٢٧١ : ورد هذا النص فى المادة ٣٩٢ من المشروع التمهيدى عــلى وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنــة المراجعة تحت رقم ٢٨٣ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢ ــ ص ٢٣ و ص ٢٥ ــ ص ٢٦) .

م ٢٧٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣٩٥ من المشروع التمهيدى عــلى وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنــة المراجعة تحت رقم ٢٨٤ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٢ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦ و ص ٢٨) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٧١ - ٢٧٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٥٨ - ٢٥٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٩١ و ٢٩٧ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١٠٠ ، وفى التقنين المدنى الكويتى م ٣٢٩ و ٣٣٤ ، وفى التقنين المدنى الاردنى م ٤٠٢ - ٤٠٣ [١] .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**
التقنين المدنى السورى م ٢٧١ - ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٧١ - ٢٧٢ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى الليبى م ٢٥٨ - ٢٥٩ (مطابقتان للمادتين ٢٧١ - ٢٧٢ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى العراقى م ٢٩١ : يجوز أن يقترن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد أو انقضاؤه .
م ٢٩٧ (مطابقة للمادة ٢٧٢ من التقنين المدنى المصرى) .

(وأحكام التقنين المدنى العراقى تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى فيما عرضت له هذه النصوص من المسائل : أنظر الاستاذ حسن الذنون فى احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٠) .
تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ١٠٠ : ان الموجبات يمكن تقييدها بأجل . والاجل عارض مستقبل مؤكد الحدوث من شأنه أن يقف استحقاق الموجب أو سقوطه : ولا يكون له مفعول رجعى . واذا كان الوقت الذى سيقع فيه ذاك العارض معروفا من قبل ، كان الموجب ذا اجل أكيد ، والا كان ذا أجل غير أكيد .

(وهذا النص يتفق فى الحكم مع المادة ٢٧١ من التقنين المدنى المصرى ولا مقابل فى التقنين اللبنانى للمادة ٢٧٢ من التقنين المصرى . ولكن يوجد فى نصوص عقد القرض فى التقنين اللبنانى المادة ٧٦٣ وتنص على ما يأتى : « واذا لم يعين اجل كان المقترض ملزما بالرد عند اى طلب يأتيه من المقرض . واذا اتفق الطرفان على أن المقترض لا يوفى الا عند تمكنه من الايفاء وحين تتسنى له الوسائل ، فللمقرض عندئذ ان يطلب من القاضى تعيين موعد للايفاء » . ويمكن تعميم حكم هذه المادة على الالتزامات الاخرى الناشئة من غير عقد القرض ، اذ النص ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ، فيكون حكم التقنين اللبنانى متفقا مع حكم التقنين المصرى فى هذه المسألة) . =

ويستخلص من هذه النصوص أن الأجل الذى يقترن به الالتزام هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتـــزام أو انقضاؤه • فمقومات الأجل اذن ثلاثة : ١ — فهو أمـــر مستقبل كالشرط ٢ — وهو محقق الوقوع ، بخلاف الشرط فهو غير محقق الوقوع كمـــا قدمنا ٣ — وهو آمر عارض يضاف الى الالتزام بعـــد أن يســـــتوفى عناصره الجوهرية ، وهو فى ذلك كالشرط لانه وصف مثله •

وغنى عن البيان أن المقوم الرابع للشرط — وهو أن يكون غـــير مخالف للنظام العام والآداب — لايرد فى الأجل ، لأن الاجل ميعـــاد لايتصور فيه الا أن يكون مشروعا •

١ — أمر مستقبل

٤٧ — يجب أن يكون الاجل أمرا مستقبلا : الاجل كالشرط يجب أن يكون أمرا مستقبلا ، وهو ، كما يدل عليه اسمه ، ميعاد يضرب لنفاذ الالتزام أو لانقضائه • ويكون عادة تاريخا معينا يختار فى التقويم • فاذا تعهد المقترض للمقرض بوفاء القرض فى تاريخ معين ، أو تعهد المشترى للبائع أن يدفع الثمن على أقساط فى مواعيد معينة ، أو تعهد المقاول لرب العمل أن يتم العمل الموكول اليه فى وقت معين ، فكل مـــن التزام المقترض بوفاء القرض والتزام المشترى بدفع الثمن والتـــزام المقاول بتسليم العمل مقترن بأجل أو بآجال يترتب على حلولها نفـــاذ الالتـــزام •

وقد ينشأ الالتزام منجزا ، ثم يضاف اليه أجل بعد ذلك ، فينقلب موصوفا ، ولكن يبقى الالتزام هو نفسه لم يتجدد [1] •

= التقنين المدنى الكويتى م ٣٢٩ و ٣٣٤ (مطابقـــة فى حكمهـــا للمـــادتين ٢٧١ — ٢٧٢ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الاردنى م ٤٠٢ — ٤٠٣ (مطابقة فى حكمهما للمـــادتين ٢٧١ — ٢٧٢ من التقنين المدنى المصرى) •

(١) الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٧١ هامش رقم ١

٤٨ — لايجوز أن يكون الاجل أمرا ماضيا أو حاضراً : والاجل ، كالشرط أيضا ، لايجوز أن يكون أمرا ماضيا أو حاضرا ، والا فهـــو ليس بأجل ، حتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل أن الاجل الذى يضربانه للمستقبل هو أجل قد حل • فلو أن شـــخصا ضرب أجلا لنفاذ التزامه قدوم أول قافله من الحجيج ، وكان يجهل أن القافلة قـــد قدمت فعلا قبل أن يلتزم ، أو هى آخذه فى القدوم وهو يلتزم ، فـــان التزامه لايكون مقترنا بأجل ، بل ينشأ منذ البداية التزاما منجزا واجب الاداء فى الحال • ولو عين الملتزم أجلا لتنفيذ التزامه موت شـــخص معين ، ويكون هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم ، فان الالتزام ينشأ فى هذه الحالة منجزا حال الأداء (١) •

٢ — أمر محقق الوقوع

٤٩ — يجب أن يكون الأجل محقق الوقوع : تقول الفقرة الاولى من المادة ٢٧١ مدنى أن الاجل يجب أن يكون أمرا مستقبلا محقـــق الوقوع • وهذا واضح ، فالأجل يكون عادة ، كما قدمنا ، ميعـــادا فى التقويم ، تاريخا معينا يقع فى يوم معين من شهر معين من سنة معينة وهذا الميعاد لابد واقع فى المألوف من الحياة ، وندع ما لايدخـــل فى حســـاب الناس كأن تقع كارثة تبيد الارض ومن عليها فلا يأتى ذلـــك اليـــوم الموعـــود •

وكون الاجل أمرا محقق الوقوع هو الفرق الجوهرى ما بين الأجل والشرط ، وهو الفرق الذى تتفرع عنه كل الفروق الاخرى • فقد رأينا أن الشرط أمر غير محقق الوقوع ، ومن ثم كان الحق المعلق على شرط حقا ناقصا غير مؤكد الوجود ، ومن ثم أيضا كان للشرط أثر رجعى • أما الأجل فأمر محقق الوقوع ، فالحق المقترن بأجل حـــق موجـــود

---

(١) الوجيز للمؤلف فقرة ٤٨٣ •

كامل ، وليس للأجل أثر رجعى (١) .

٥٠ ـ يصح أن يكون ميعاد حلول الأجل مجهولا : على انه اذا كان ضروريا أن يكون الاجل محقق الوقـوع ، فليس من الضرورى أن يكون ميعاد وقوعه معلوما . فقد يكون هذا الميعاد مجهولا ، ومع ذلـك يبقى الأجل محقق الوقوع ، فيكون أجلا لاشرطا . وهذا ماتقضى بـه الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ مدنى فهى تقول : « ويعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقـع فيه » . ويسمى الاجل فى هذه الحالة أجلا غير معين (terme incertain) بالمقابلة للاجل المعين (terme certain) الذى يعرف ميعاد حلوله .

والمثل المألوف للأجل غير المعين هو الموت ، فهو أمر محقـق الوقوع ، ولكن لايدرى أحد متى يأتى ، ومن ثم كان أجلا غير معين . وعلى ذلك فالتزام شركة التأمين على الحياة أن تدفع مبلغ التأمين عند موت المؤمن على حياته التزام مقترن بأجل واقف غير معين هو الموت . واذا التزم المقترض أن يرد مبلغ القرض عند موته ، فيؤخذ من تركته ، جاز ذلك ، وكان التزامه برد القرض مقترنا بأجـل واقف غير معين هو الموت . ولا يعتبر هذا تعاملا فى تركة مستقبله فان المقترض قـد التزم فى الحال وفى ماله الحاضر ، وانما ضرب أجلا لتنفيذ التزامه هو موته ، والموت كما قدمنا أجل غير معين (٢) .

ويمكن تصور أمثلة أخرى غير الموت للأجل غير المعين . فهنـاك أمور محقق وقوعها فى المألوف من شؤون الحياة ، ولكن لايعلم موعـد وقوعها . من ذلك رجوع الحجيج من بيت الله الحـرام قافلين الى

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجمـوعة الاعمـال التحضيرية ٣ ص ٢٤ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ ص ١٤٧ هامش رقم ١ . وما يقطـع فى ان المقترض لم يتعامل فى تركته المستقبلة انه اذا افلس أو اعسر أو أضعف التأمينات ، سقط الاجل ، حل الدين ، وزاحم المقرض باقي الدائنين فى مال المقترض الموجود وقت سقوط الاجل .

بلادهم ، فهذا أمر معتاد وقوعه ، ولكن رجوع القوافل قافلة بعد أخرى أمر قد لايعلم موعد وقوعه بالضبط . فلو التزم شخص الى أجل هو موعد رجوع القافلة الاولى من الحجيج ، كان هذا التزاما مقترنا بأجل غير معين . أما اذا التزم لاحد الحجاج وعلق التزامه على رجوع الدائن من الحج ، فهذا شرط لا أجل ، اذ أن رجوع حاج بالذات من الحج أمر غير محقق الوقوع ، فقد يموت فى الطريق .

كذلك اذا التزم أحد الموردين بتوريد الاغذية الى مستشفى أو الى مدرسة عند انتهاء بنائها ، فهذا أيضا التزام مقترن بأجل غير معين ، اذا أن الانتهاء من البناء أمر محقق الوقوع فى المعتاد من شؤون الحياة ، ولكن موعده غير معلوم على وجه التحقيق .

والتزام الطالب أن يدفع المصروفات المدرسية عند افتتاح الدراسة قد يكون التزاما مقترنا بأجل غير معين ، اذا كان موعد افتتاح رسوم الامتحان عند حلول ميعاده ، اذا كان ميعاد الامتحان لم يحدد وقت الالتزام [1] .

---

(١) وقد يكون الاجل غير المعين موكولا تعيينه الى ارادة الدائن ، كما اذا اتفق على حلول الدين بعد اخطار الدائن بثلاثة اشهر او بسنة مثلا . فالاجل هنا غير معين ، ولا يتعين الا باخطار الدائن المدين وانقضاء المدة المحددة بعد الاخطار . ولكن التقادم يسرى ضد هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الاجل الموكول الى ارادة الدائن ، والا كان غير قابل للتقادم (أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ فقر ٣٠٣ ص ١٢٥) . وكذلك الحال فى السندات الواجبة الدفع عند التقديم (à vue) (قارن بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٦) . واذا كان نظام الشركة لم يحدد مواعيد لتغطية الاوراق غير المغطاة وترك ذلك لعناية مديرى الشركة ، فأن ذلك ليس من شأنه ان يجعل الدين دينا مستحق الوفاء عند التقديم (à vue) ، بل ان الالتزام هنا مضاف الى أجل معين أو غير معين ، تبعا لما اذا كان نظام الشركة قد عين مقدما ميعاد التغطية أو لم يعين ، ولا يحل الاجل الا عند الدعوة الى التغطية (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٢) . والالتزام برصيد الحساب الجارى هو التزام مقترن بأجل غير معين ، اذ ان الرصيد يحل اجله متى ابدى الدائن للرصيد رغبته فى اقفال الحساب =

والتزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة (م ٢٧٢ مدنى) ينطوى على ضرب من الاجل الواقف ، وهو أيضا أجل غـــير معين ، وسنعود الى هذه المسألة بالتفصيل فيما يلى .

والفرق بين الشرط والاجل غير المعين واضح ، فالشرط أمر غير محقق الوقوع ، أما الاجل غير المعين فأمر محقق الوقوع فى ذاته ولكن ميعاد وقوعه وحده هو غير المحقق (١) .

= وقبض الرصيد (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢) ، ويحل على كل حال بموت احد الطرفين (استئناف مختلط ١٨ يناير ســنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٦ — ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) . وللمصرف فى أى وقت أن يقطع حساب عميله ولايكون ملزما بالاستمرار فى الحساب الجارى ، فاذا ترك لعميله المهلة المعقولة لسداد رصيد الحساب الجــارى ، فلا يجوز للعميل أن ينعى عليه أنه قطع الحساب فى وقت غير مناســـب (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٠) .

وقد يكون الاجل المضروب أجلا ممتدا ، كأن يلتزم صانع أن يصـــنع اثاثا فى خلال مدة معينة ، فالاجل هنا ليس يوما معينا بالذات ، بل ميعـــادا اقصاه يوم معين بالذات . فهو من هذه الناحية مجهول ميعاد الحلول ، وان كان الحد الاقصى لهذا الميعاد معلوما . ويكون تعيين ميعاد الحلول موكولا الى أحد الطرفين — المدين فى هذا المثل وقد يكون الدائن فى أمثلة أخرى — ويقوم بتعيينه عند الوفاء بالالتزام . ومثل هذا الاجل تمكن تسميته بالاجل التعجيلى ، لان الغرض منه تعجيل تنفيذ الالتزام وليس تأجيله (انظـــر الاستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٧ — ص ١٨) .

(١) وقد أورد الاستاذان كولان وكابيتان مثلا لاجل غير معين يشتبه بالشرط : يهب رجل امرأة أو يوصى لها بايراد مرتب الى اليوم الذى تتزوج فيه ، وعندئذ ينقطع المرتب . فاذا اعتبرنا الزواج هنا أجلا فاسخا غـــير معين ، كان التصرف صحيحا . أما اذا اعتبرناه شرطا فاسخا ، كان بمثابة قيد على حق الزواج وقد يكون غير مشروع . وفى هذه الحالة يكيف الوصف عند الشك ، بأنه أجل غير معين تصحيحا للتصرف (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٧) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق الذى يؤخر حلول الدين الى القيـــام بالعمـــل الموكـــول لارادته أو أن يعـــين القـــاضى للمـــدين لا على شرط ارادى محض ، ويجوز فى هذه الحالة للدائن أن يدعو المديـــن الى القيام بالعمل الموكول لارادته أو أن يعين القاضى للمدين وقتامعقـــولا للقيـــام بهـــذا العمل (استئناف مختلط ٧ نوفمبر ســـنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩ — وراجع حكـــم النقض المدنى الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ =

٣ — أمر عارض

٥١ — الاجل عنصر عارض فى الالتزام لا عنصر جوهرى : والاجل كالشرط وككل وصف آخر من أوصاف الالتزام • عنصر عارض فى الالتزام لا عنصر جوهرى • وهو لايقترن بالالتزام الا بعد أن يستوفى الالتزام جميع عناصره الجوهرية ، ويأتى الأجل بعد ذلك عنصرا اضافيا يقوم الالتزام بغيره ، ويتصور بدونه ، ولايحتاج اليه فى قيامه بذاته •

فاذا التزم شخص الى أجل ، فأن التزامه يكون قد استوفى جميع عناصره الجوهرية : من رابطة ومحل وسبب ، قبل أن يضاف اليه الاجل ثم يأتى الاجل بعد ذلك يقترن به ، ويعدل من آثاره • فبعد أن كان الاصل فى الالتزام أن يكون منجزا واجب الاداء فى الحال وأن يبقى أثره دائما ، اذا بالاجل يعدل من ذلك ، اما بأن يجعل الالتزام متراخى النفاذ الى وقت معين ، واما بأن يجعل الالتزام محدود البقاء غير دائم الاثر •

٥٢ — الأجل فى العقود الزمنية : ويترتب على أن الاجل عنصر عارض فى الالتزام على الوجه المتقدم ، لا عنصر جوهرى ، نتيجة هامة كثيرا ما يغفل الفقه الاشارة اليها • فقد سبق أن عرضنا للعقود الزمنية contrats successifs وهى عقود تتميز عن غيرها بأن الزمن عنصر جوهرى فيها ، بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد • « ذلك أن هناك أشياء — كما جاء فى الجزء الاول من الوسيط (١) —

= رقم ٥٦ ص ٣٧٦ • فاذا رهن مزارع قطنه عند احد المصارف فى نظير مبلغ معجل من المال ، على ان يبيع المصرف القطن فى الميعاد الذى يعينه المدين ، لم يجز للمدين ان يسرف فى تأجيل ميعاد البيع ، بل يجب عليه ان يعين للبيع ميعادا معقولا (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤) • واذا وضع مهندس معمارى تصميما لبناء ، وعين وقت البدء فى هذا البناء ميعادا لدفع باقى أتعابه ، فان هذا يعتبر أجلا غير معين • ويحل هذا الاجل اذا بيعت الارض التى كان مقدرا للبناء ان يشيد عليها ، اذ أن بيع الارض يتضمن حتما العدول عن هذا البناء ، ومن ثم يحل ميعاد دفع باقى الاتعاب (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩)

(١) فقرة ٦٥ •

لايمكن تصورها الا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لايمكن تقديرها الا بمدة معينة . والعمل اذا نظر اليه فى نتيجته ، أى الى الشىء الذى ينتجه العمل ، كان حقيقة مكانية ، ولكن اذا نظر اليه فى ذاته فلا يمكن تصوره الا حقيقة زمانية ، مقترنا بمدة معينة . ومن ثم فعقد الايجار عقد زمنى لانه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهرى فيه لانه هو الذى يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة عقد زمنى ، لأن الخدمات التى يؤديها العامل لاتقاس الا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهرى فيه اذ هو الذى يحدد مقدار المحل المعقود عليه . وهناك من الاشياء مايتحدد فى المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو فى ذاته يقاس بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئا معينا يتكرر مدة من الزمن . فمحل العقد هنا — وهو الشىء المعين المتفق على توريده — يقاس فى ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن ، فجعلاه يقاس ، كالمنفعة والعمل ، بالزمان لا بالمكان . فالمعقود عليه فى كل من عقد الايجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شىء يقاس بالزمن . ولكن المعقود عليه فى عقد الايجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما المعقود عليه فى عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقا . ومن ثم ينقسم العقد الزمنى الى عقد ذى تنفيذ مستمر contrat à exécution continue كعقد الايجار وعقد العمل لمدة معينة ، عقد ذى تنفيذ دورى contrat à exécution périodique كعقد التوريد وعقد الايراد المؤبد أو الايراد مدى الحياة [1] » .

---

(١) أنظر الاستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٢٠ — ٢٦ ، أما اذا كان الزمن عنصرا غير جوهرى فى العقد ، فانه يصلح أن يكون أجلا ، لان الاجل كما قدمنا عنصر عارض . كذلك اذا تعهد صانع أثاث يسلمه فى مدة معينة ، فانه يقرن التزامه هنا بأجل واقف — يسميه الاستاذ عبد الحى حجازى بالاجل المعجل أو الاجل التعجيلى كما تقدم القول ، وهو عنصر عرضى فى الالتزام وان كان جبريا (الاستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٧ — ص ١٨) .

وقد درج الفقه على اعتبار هذه العقود الزمنية عقوداً مقترنة بآجال فاسخة . ولكننا اذا طبقنا القاعدة التى تقضى بأن الاجل انما هو عنصر عارض فى الالتزام لا عنصر جوهرى ، تبين أن العقد الزمنى لا يمكن أن يكون عقداً مقترنا بأجل لأن الاجل ، عنصر جوهرى فيه كما قدمنا اذ هو محل التعاقد ذاته ، ولايصح أن يكون الوصف هو أحد العناصر الجوهرية فى العقد (١) ، وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام فى الشرط .

وآية ذلك أن العقد الزمنى اذا انعدم فية الاجل ، فأنه يكون باطلا لانعدام المحل . ولو كان الاجل وصفا وكان باطلا ، لكان من الجائز أن يسقط الاجل ويبقى العقد ، كما هى الحال فى الشرط . وقد ورد فى التقنين المدنى الفرنسى تطبيق لهذه القاعدة فى عقد الايراد المرتب مدى الحياة ، وهو عقد زمنى المدة فيه هى حياة من رتب له الايراد . فاذا تعهد شخص لآخر بان يؤدى الى شخص ثالث ايراداً مرتبا مدى الحياة ثم تبين أن صاحب الايراد كان قد مات قبل العقد ، فان الاجل هنا — وهو المحل — يكون قد انعدم ، ويكون العقد باطلا ، وهذا ما تقضى بة المادة ١٩٧٤ من التقنين المدنى الفرنسى ، فهى تنص على أن « كل ايراد رتب مدى الحياة لمصلحة شخص يكون قد مات وقت العقد لا يكون له أى أثر(٢) » . بل تضيف المادة ١٩٧٥ من نفس التقنين ما يأتى : « وكذلك يكون الحكم اذا رتب العقد ايراداً لمصلحة شخص أصيب بمرض مات بسببه فى خلال عشرين يوما من وقت العقد (٣) » .

(١) الاستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١١٢ . وانظر فيما اذا كان التزام المستاجر بدفع الاجرة على اقساط يعتبر التزاما زمنيا او هو التزام مقترن بأجل واقف أو آجال واقفة : (الاستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١١٧ — ١٢٢) .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Tout contrat de rente vigère créée sur la tète d'une personne que était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet.

(٣) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Il en est de mème du contrat par lequel la rente a été créée sur la téte d'une personne atteinte de la maladie dontelle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat.

ويترتب على ما تقدم أن الآجال الفاسخة ـ والاجل الفاسخ يكون عادة فى عقد زمنى ـ ليست بوجه عام آجالا بالمعنى الصحيح • ويكاد يخرج الاجل الفاسخ كله من بين أوصاف الالتزام ، فلا يبقى الا الاجل الواقف • وسنعود الى هذه المسألة عند الكلام فى الاجل الفاسخ •

المبحث الثانى

نوعا الاجل

١ ـ الاجل الواقف

(Terme suspensif)

٥٣ ـ ماهو الاجل الواقف : رأينا أن الفقرة الاولى من المادة ٢٧١ مدنى تنص على أن « يكون الالتزام لاجل اذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع (١) » •

فاذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على الاجل ، كان الاجل واقفا اذ هو يقف الالتزام عن أن ينفذ وعن أن يصبح مستحق الاداء الى حين انقضاء الاجل (٢) •

والأمثلة على الأجل الواقف كثيرة • فالمقترض يقترن التزامه برد القرض الى المقرض بأجل واقف • وكل من المستأجر والمستعير والمودع عنده يقترن التزامه برد العين المؤجرة أو المعارة أو المودعة بأجل واقف ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٧١ من القانون المدنى أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود ، وانما يكون نفاذه مترتبا على حلول الاجل : نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٦ ص ٣٧٦ •

(٢) وقد نصت المادة ١٠١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « الموجب المؤجل التنفيذ أو ذو الاجل المؤجل هو الذى يكون تنفيذه موقوفا الى أن يحل الاجل ، واذا لم يكن ثمة أجل منصوص عليه أو مستنتج من ماهية القضية فيمكن طلب التنفيذ حالا » •

غير أن الأجل في الوديعة لمصلحة الدائن وهو في العارية لمصلحة المدين وفي الايجار لمصلحة الاثنين معا • والمرتهن حيازة يقترن التزامه برد العين المرهونة الى الراهن بأجل واقف هو الوفاء بالدين المضمون بالرهن (١) • واذا تعهد المشترى بدفع الثمن على أقساط ، كان التزامه مقترنا بآجال واقفة متعاقبة • وكذلك اذا تعهد المقاول أن يسلم ما تعهد بعمله الى رب العمل فى وقت معين ، كان التزامه هذا مقترنا بأجل واقف • وقد سبقت الاشارة الى كل ذلك •

٥٤ ــ التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة التزام مقترن بأجل واقف : رأينا أن المادة ٢٧٢ مدنى تنص على أنه « اذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعادا مناسبا لحلول الأجل ، مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه (٢) » •

والمفروض فى الحالة التى نحن بصددها أن المدين انما ضرب أجلا للوفاء بدينه ، ولم يجعل الدين معلقا على شرط • ذلك أنه يحتمل أن يكون قد قصد تعليق الوفاء بالدين على شرط الميسرة أو المقدرة ، وعند ذلك يصبح الوفاء بدينه معلقا على شرط واقف ، وهو أمر غير محقق الوقوع ، فاذا أيسر وتحققت مقدرته على الوفاء ، تحقق الشرط ووجب

---

(١) وهذا مع ملاحظة أن الرهن ينقضى ، فيزول الالتزام بالرد ، اذا نفذ الدائن المرتهن بحقه على العين المرهونة • ولكن يصح ان يقال ، من جهة أخرى ، أن الوفاء بالدين المضمون بالرهن هو أمر غير محقق الوقوع ، فيكون شرطا لا أجلا ، ولكن ليس له أثر رجعى لاستعصاء طبيعة التعامل على هذا الاثر •

(٢) وهذا النص مأخوذ من المادة ١٩٣ من تقنين الالتزامات البولونى • انظر ايضا المادة ٢/٧٤٣ من التقنين المدنى البرتغالى ، والمادة ٦٥٤ من التقنين المدنى الارجنتينى ، والمادة ٩٠٤ من التقنين المدنى النمساوى ، والمادة ٢/١١٧ من المشروع الفرنسى الايطالى • وانظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٩ ، والمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧ •

أن يفى بالدين • أما اذا لم يوسر ولم تتحقق مقدرته على الوفاء طـول حياته ، فقد تخلف الشرط وسقط عنه الالتزام بالوفاء (١) • كما يحتمل أن يكون المدين قد قصد أن يضرب أجلا للوفاء بدينه ، هـو ميسرته أو مقدرته على الوفاء • وفى هذه الحالة يكون المدين قد قصد أن يفى بدينه على كل حال ، أما عند الميسرة أو المقدرة ، وأما عند الموت اذا لم يواته اليسار حال حياته • فالأجل هنا أجل غير معين ، وهو أقرب حادثين غير معينين ، اليسار أو الموت •

واذا قام شك فيما اذا قصد المدين ضرب أجـل للـوفاء أو أراد تعليق الوفاء على شرط ، فالمفروض أنه قصـد الأجـل لا الشرط ، لأن العقد يفسر عند الغموض بما يعطيه الأثر الأقوى (٢) • فاذا ادعى المدين أنه أراد الشرط لا الأجل ، فعليه هو اثبات ذلك •

ومتى تبين أن المدين انما أراد الأجل لا الشرط ، كان للدائن الحق فى أن يطالب بتحديد موعد للوفاء • ولما كان الموعد هو ميسرة المـدين أو مقدرته على الوفاء بدينه ، فان لم يتفق الطرفان على موعد معـين لذلك ، جاز للقاضى أن يتلمس من ظروف القضية وملابسـاتها موعـدا يحدده ، هو الموعد الذى يقدر فيه أن المدين أصبح موسرا أو قادرا على الوفاء بدينه (٣) • وقد أمدته المادة ٢٧٢ مدنى ببعض عناصر التقدير ،

---

(١) انظر فى هذا المعنى محكمة الاسكندرية الوطنية فى ٥ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٢ ص ١٠٦٣ — شبين الكوم فى ٨ نوفمبر سـنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٤٤ ص ٩٠٥ •

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٧٧ — لوران ١٧ فقرة ١٧٥ — أو برى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٩ •

ويخلص من ذلك أن المدين اذا برأه دائنه من الدين ، فتعهد على اثر هذا الابراء أن يفى بالدين لدائنه اذا تمكن من ذلك فى المستقبل ، فان دلالة هـذه الظروف تتوجه الى أن يحمل تعهده هذا على أنه تعهد مدنى — مبنى عـلى التزام طبيعى — وقـد جعله المدين ، لامقترنا بأجـل ، بل معلقا على شرط التمكن من وفاء الدين (بارب بودرى وبارد ٢ ص ١٤٨ هامش رقم ٣) •

(٣) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ — منـوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٥ ص ٩٠٢ •

فذكرت من بين هذه العناصر : ١ - موارد المدين الحالية ، أي ما عند المدين من مال موجود فعلا وقت النظر فى الدعوى • ٢ - موارد المدين المستقبلة ، أي ما يتوقع القاضي أن يكون عند المدين من مال فى المستقبل ، فان كان له ايراد يكسبه من عمل أو وظيفة أو مهنة ، قدر القاضي هذا الايراد فى المستقبل مسترشدا بالماضى • ٣ - أن يقتضى من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه ، وهذا عنصر معنوى بخلاف العنصرين المتقدمين فهما من العناصر المادية • وهو بالرغم من أنه معنوى عنصر موضوعي لا ذاتي ، فالقاضي لا يقتضى من المدين عنايته الذاتية ، بل يقتضيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بما عليه من الديون • ويكون ذلك بأن يقدم المدين وفاء الدين على كثير من مطالبه ، فان لم يقدمه على حاجياته الضرورية ، فلا أقل من تقديمه على حاجياته الأخرى (١) • فاذا عجز القاضى ، فى أي وقت من حياة المدين ، عن تحديد موعد الوفاء بتعيين اليوم الذى يصبح فيه المدين موسرا أو قادرا على الوفاء بدينه ، تربص به حتى الموت (٢) • فاذا مات المدين حل دينه حتما ، وقد مات معسرا فيشارك الدائن سائر الدائنين فى

---

(١) فاذا كان هناك ما يؤمن الدائن على استيفاء حقه ، اكتفى القاضى بذلك . وقد قضت محكمة طهطا بأن الشرط الذى ينص فيه ، فى عقد غاروقة ، على أن المدين يقوم بسداد الدين عند اقتداره هو بمثابة اشتراط أجل لمصلحته فلا يمكن اجباره على الدفع قبل حلول الاجل ما لم يكن قد اضعف التأمينات (طهطا فى ١٥ اغسطس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ ص ١٤٧ : أى لايحل اجل الدين مادامت الغاروقة فى يد الدائن ولم تضعف او يضعفها المدين)

(٢) ومثل تعهد المدين بوفاء الدين عند الميسرة أو المقدرة تعهده بوفاء الدين عندما يشاء ، غير أن تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء يختلف عن التعهد الاول فى أمرين : (أولا) فى تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء لايحل الدين الا اذا شاء المدين دفعه حال حياته ، فان لم يشأ لم يستطع القاضى تحديد ميعاد للوفاء ، ولايحل الدين الا بموت المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٠) • (ثانيا) قد يفسر تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء أنه انما أراد أن يلتزم التزاما أدبيا لا التزاما مدنيا ، ففى هذه الحالة لايجبر على الوفاء حيا ولا يؤخذ الدين من تركته بعد موته (ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٧٦ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٩) •

استيفاء حقه من التركة مشاركة الغُرماء [١] .

وتعيين ميعاد يصبح فيه المدين موسرا أو قادرا على الوفاء بدينه مسألة واقع لا يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض ، ولكن حلول الدين عند أقرب الأجلين — الميسرة أو الموت — مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا .

٢ — الأجل الفاسخ

(Terme extinctif)

٥٥ — ما هو الاجل الفاسخ : رأينا أن الالتزام يكون لأجل اذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع (م ١/٢٧١ مدنى) . ورأينا أن نفاذ الالتزام اذا كان هو المترتب على الأجل ، فالأجل يكون واقفا . ونقول الآن انه اذا ترتب على حلول الأجل انقضاء الالتزام — لا نفاذه — فالأجل يكون فاسخا .

ولما كان الأجل بنوعيه ليس له أثر رجعى ، وكانت كلمة «الفسخ» فى عبارة « الأجل الفاسخ » قد تشعر بأن للأجل الفاسخ أثرا رجعيا كما فى الشرط الفاسخ ، فقد تجنب الفرنسيون هذه الكلمة وأطلقوا على الأجل الفاسخ عبارة « **الأجل المنهى** » [٢] (terme extinctif) أما التقنين المدنى المصرى فقد استبقى عبارة « **الأجل الفاسخ** » (انظر المادة ٢/٢٧٤ مدنى) .

---

(١) استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ — الصلح ٣ مارس سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ ص ٣٦٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٤ — الاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٠ ص ٥٠٢ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٧ .

(٢) وسار على هذا التعبير الاستاذ عبد الحى حجازى فى رسالته فى عقد المدة وفى كتابه فى النظرية العامة للالتزام . انظر ايضا الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٥ ص ٢٤٨ .

٥٦ ــ **هل يوجد أجل فاسخ ؟** : أما أن التقنين المدنى المصرى قد تصور وجود الأجل الفاسخ ، فهذا مالا ريب فيه . فقد وردت الاشارة اليه فى موضعين : ففى الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدنى ورد أن الالتزام يكون لأجل « اذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع » ، واذا ترتب انقضاء الالتزام على حلول الأجل فهذا الأجل يكون فاسخا . ثم ذكر التقنين صراحة عبارة « الأجل الفاسخ » فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ ، اذ قال أنه « يترتب على انقضاء الاجل الفاسخ زوال الالتزام » (١) .

واذا استعرضنا الأمثلة التى تورد عادة على أنها أمثلة للأجل الفاسخ نجدها واردة فى العقود الزمنية . فالمؤجر الذى يتعهد بتمكين المستاجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة الايجار ، والعامل الذى يلتزم نحو رب العمل أن يعمل مدة معينة ، ومن يتعهد بتوريد الأغذية لمدرسة أو لمستشفى مدة معينة ، ومن يتعهد ، ومن بدفع ايراد لآخر مدى حياته، وصاحب حق الانتفاع الذى ينتفع بالعين مادام حيا أو لمدة معينة ، كل هذه أمثلة لحقوق وردت فى عقود زمنية . وقد قدمنا أن العقد الزمنى لا يمكن أن يقال عنه انه مقترن بأجل فاسخ ، لأن الأجل عنصر جوهرى فيه (٢) .

---

(١) وانظر أيضا النصوص المقابلة فى التقنينات المدنية العربية الاخرى آنفا فقرة ٤٦ فى الهامش . أما التقنين المدنى الفرنسى فلا يتكلم الا عن الاجل الواقف ، والفقه الفرنسى مضطرب فى هذا الصدد . فمن الفقهاء من يعترف بالاجل الفاسخ وصفا للعقد لا وصفا للالتزام (ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٦٩ بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣) ، ومنهم من لايعتبر الاجل الفاسخ وصفا للالتزام ، بل يعتبره سببا من أسباب انقضاء الالتزام (بلانيول وريبيروجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ ــ بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٥٢ ــ وينفى الاستاذ عبد الحى حجازى ، فى شىء من التردد ، عن الاجل الفاسخ (أو الاجل المنهى كما يدعوه) أنه وصف للالتزام (أنظر رسالته فى عقد المدة ص ٢٣٠ ، وكتابه فى النظرية العامة فى الالتزام ١ ص ١٧١ ــ وبنوع خاص ص ١٧٦ ــ ص ١٧٧) . وينفى الاستاذ اسماعيل غانم صراحة عن الاجل الفاسخ انه وصف للالتزام اذ يقول : =

على أننا نرى انه اذا كان صحيحا أن العقد الزمنى لا يجوز أن يقال عنه انه مقترن بأجل فاسخ للأسباب التى قدمناها ، فغير صحيح أن الأجل الفاسخ لا يوجد ضرورة الا فى عقد زمنى • فهناك عقود تقترن بآجال فاسخة ولا تكون عقودا زمنية ، وفى هذه العقود ليس الزمن عنصرا جوهريا بل عنصرا عارضا • ومن ثم آجلا فاسخا بالمعنى الصحيح • هذه العقود ليست كثيرة فى العمل ، كما هو الشأن فى العقود الزمنية ، ولكنها موجودة الى حد يبرر استبقاء الأجل الفاسخ الى جانب الأجل الواقف ، كما فعل التقنين المدنى المصرى •

ونذكر الأمثلة التى تحضرنا لهذه العقود :

١ ــ اذا فتح مصرف لعميله اعتمادا بمبلغ معين لمدة سنة مثلا ، فمبلغ الاعتماد هنا ، وهو محل العقد ، لا يقاس بالزمن أى بالسنة التى فتح فيها الاعتماد ، اذ هو لا يتغير بتغير هذا الزمن فلا يزيد اذا زاد ولا ينقص اذا نقص • وفى رأينا أن العقد هنا ليس عقدا زمنيا اذ الزمن ليس عنصرا جوهريا فيه ، ومع ذلك يقترن التزام المصرف بفتح الاعتماد بأجل فاسخ هو مدة السنة ، فاذا انقضت هذه المدة انقضى التزام المصرف بفتح الاعتماد [1] •

ويخلص مما قدمناه أن المصرف يكون ملتزما بوضع المبلغ تحت

= (والاجل الفاسخ ليس وصفا بالمعنى الدقيق ، فهو لايعدل من آثار الالتزام ، بل هو فى حقيقته الطريق الطبيعى لانهاء الالتزام الزمنى ، فهو يحدد مدة بقاء ذلك الالتزام) (احكام الالتزام فقرة ١٦٨) .

(١) أنظر عكس ذلك الاستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٤٧ ــ ص ٤٨ . وهو يسلم أن المدة فى هذا العقد ليست وظيفتها أن تحدد كم المبلغ الموضوع تحت تصرف العميل ، فهو محدد فى ذاته بدون فكرة الزمن لايزيد كمه ولا ينقص حسب طول المدة أو قصرها . ولكنه يضيف ما يأتى : (ومع ذلك فللزمن دور أصيل فى هذا العقد ، ان العقد ينص على المدة التى يجب فى خلالها أن يظل البنك ملتزما بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف المعتمد وبالتالى المدة التى يكون المعتمد فى خلالها واثقا من ان ثمة مبلغا موضوعا تحت تصرفه . ان وضع المبلغ تحت تصرف المعتمد طوال مدة العقد ، وامكان هذا الاخير الاستفادة منه فى كل لحظة فى خلال مدة العقد لهو الذى يحقق الفائدة التى يرجوها المعتمد من هذا العقد ، وتلك فائدة تقاس بالزمن ، تزيد معه اذ تزيد =

تصرف العميل ، وهذا الالتزام مقترن بأجل فاسخ هو سنة من وقت فتح الاعتماد وليس الأجل هنا محلا معقودا عليه ، بل عنصرا عارضا ، يمكن تصور العقد بدونه . ويكون المصرف فى هذه الحالة ملزما بوضع المبلغ تحت تصرف العميل فورا ، ويأخذه العميل فى الحال فيكون قرضا بسيطا ، وانما سمى القرض هنا بفتح الاعتماد لاضافة الأجل الفاسخ السالف الذكر .

٢ ـ اذا فتح مصرف لمقاول حسابا جاريا عن مقاولة معينة وحدد لاقفال الحساب ستة أشهر مثلا ، ففى هذه الحالة قد تعهد المصرف بالخصم والاضافة فى الحساب الجارى عن المبالغ التى تضم وتخصم لحساب المقاولة المذكورة ، وقرن التزامه بأجل فاسخ هو مدة الستة الأشهر . وليست هذه المدة عنصرا جوهريا فى الالتزام ، بل العنصر الجوهرى هو المقاولة المعينة التى فتح من أجلها الحساب الجارى . فيكون العقد هنا عقدا غير زمنى ، ومع ذلك يكون قد اقترن بأجل فاسخ (١) .

٣ ـ اذا تعهد طبيب بعلاج أفراد أسرة لمدة سنة على أن يأخذ الأجر عن كل مرة يعالج فيها مريضا ، فان التزامه بالعلاج قد اقترن بأجل فاسخ ، هو مدة السنة ، ولكن هذه المدة ليست عنصرا جوهريا فى العقد مادام الطبيب يتقاضى أجره لا بحساب المدة بل بحساب مرات العلاج فالزمن هنا ليس مقياسا للمعقود عليه ، وهو مع ذلك أجل فاسخ (٢) .

٤ ـ اذا تعهدت شركة بصيانة سيارة أو مصعد أو نحو ذلك من الآلات التى تحتاج الى الصيانة لمدة سنة مثلا ، على أن تتقاضى أجرها

= وتنقص معه اذ ينقص . وهذا كاف لادراج هذا العقد ضمن طائفة عقود المدة) .

على أن المدة هنا ، وان حققت فائدة للعميل ، الا انها فائدة عارضة ، وليست عنصرا جوهريا فى العقد لايتصور العقد بدونها ، فهى اقرب الى ان تكون كالمدة التى يشترطها الصانع فى صنع الاثاث : مدة عارضة جبرية .

(١) قارن الاستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٤٨ .

(٢) قارن الاستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٣٩ .

عن كل عملية من عمليات الصيانة ، فان الالتزام هنا يكون مقترنا بأجل فاسخ ليس عنصرا جوهريا فيه (١) •

٥ — اذا تعهدت شركة التأمين أن تؤمن ، لمدة معينة ، عددا غيرمعين من الأخطار يمكن تعيينه شيئا فشيئا باقرارات متتابعة من جهة المؤمن له ، فقد اختلف فى تكييف هذا العقد ، ومن رأى بعض الفقهاء أن العقد ليس بالعقد الزمنى ، ومع ذلك فقد إقترن بأجل فاسخ (٢) •

ويمكن القول بوجه عام آنه يتفق — وان كان ذلك يحدث كثيرا — أن يقترن العقد بأجل فاسخ لا يكون عنصرا جوهريا فيه ، فلا يكون العقد فى هذه الحالة عقدا زمنيا ، ويكون الأجل الذى اقترن به العقد أجلا فاسخا بالمعنى الصحيح • ونحن اذ نتكلم فيما يلى عن الأجل الفاسخ ينصرف قولنا الى هذه العقود على وجه التخصيص • على أنه لا مانع من اطلاق تعبير « الأجل الفاسخ » على المدة فى العقود الزمنية ، فى شيء من التجوز ، فان الأحكام لا تتغير سواء اعتبر الأجل الفاسخ فى العقود الزمنية أصلا أو اعتبر وصفا •

المبحث الثالث

مصادر الأجل

وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل

١ — مصادر الأجل

٥٧ — مصادر الاجل الاتفاق والقانون والقضاء • يغلب أن يكون مصدر الأجل هو الاتفاق • ويتميز الأجل عن الشرط فى أن له مصدرين آخرين : القانون والقضاء •

---

(١) قارن استاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٣٨ — ص ٣٩•

(٢) انظر الاستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٥٥ — ص ٥٦ والمرجع التى اشار اليهما •

وفى الفقه الفرنسى ينتظم الأجل الذى مصدره الاتفاق والأجل الذى مصدره القانون اسم واحد ، فيطلق عليهما معا « الأجل المستحق قانونا » terme de droit ليقابل الأجل الذى مصدره القضاء ويسمى « الأجل المتفضل به » terme de grâce (١) . أو « نظرة الميسرة » وهى التسمية التى درج عليها الفقه المصرى .

٥٨ — الاتفاق مصدر للأجل : يغلب ، كما قدمنا ، أن يكون مصدر الأجل هو اتفاق الطرفين . فيتفق البائع مع المشترى مثلا على تأجيل دفع الثمن الى ميعاد معين ، أو على دفعه أقساطا فى مواعيد يتفق عليها ، أو يتفقان على تأخير تسليم المبيع الى أجل (٢) . ويتفق المؤجر مع المستأجر على أن تكون مدة الايجار وقتا معينا ينتهى بانقضائه العقد ، وهذا هو الأجل الفاسخ فى العقد الزمنى ، ولا يعتبر أجلا بالمعنى الصحيح كما قدمنا .

وقد تفرض الأكثرية الأجل الاتفاقى على الأقلية فى بعض حالات استثنائية ، كما اذا اتفقت أغلبية دائنى التفليسة على تأجيل بعض ديون المفلس .

وكما يكون الاتفاق مصدر الأجل صريحا ، يصح أن يكون كذلك ضمنيا يستخلص من الظروف والملابسات . فاذا تعهد صانع بصنع أثاث معين دون أن يتفق على أجل لتسليم الأثاث ، فالمفروض أن التزام الصانع بالتسليم مقترن بأجل واقف هو المدة المعقولة لصنع هذا الأثاث .

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٨ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦١ — جوسران ٢ فقرة ٧٢٢ .

(٢) واذا عين لتنفيذ الالتزام حد أقصى للاجل ، فان انقضاء هذا الحد الاقصى لايمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ التزامه حتى بعد مجاوزة هذا الحد (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٢) .

وقد يمنح الدائن المدين اجلا على سبيل التسامح والتفضل ، فيبيح له ان يسدد الدين اقساطا ، ولكن ذلك لايمنعه من مطالبة المدين فى اى وقت بكل الدين دون أن يحتج عليه المدين بالاجل الممنوح له على سبيل التسامح (استئناف مختلط ٢١ ابريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٣) .

ويلجأ القاضى فى تعيين هذه المدة ، عند النزاع ، الى المألوف فى هذه الصناعة . واذا اتفق عامل النقل مع صاحب بضاعة على نقل بضاعته من مدينة الى أخرى دون أن يتفق معه على أجل ، فان الأجل هنا أيضا مفروض ، ويعينه القاضى عند النزاع بالمدة المألوفة لنقل هذه البضاعة بالوسائل التى يملكها عامل النقل (١) .

٥٩ ـ القانون مصدر للاجل : وقد يكون نص القانون هو مصدر الأجل . ويقع أن يحدد القانون الموت أجلا أو حدا أقصى للأجل ، كما فعل (م ١/٧٤١ مدنى) فى الايراد المرتب مدى الحياة فقد جعل له أجلا هو الموت ، وكما فعل (م ٧٥٤ مدنى وما بعدها) فى التأمين على الحياة فبالموت يحل دفع مبلغ التأمين عادة ، وكما فعل (م ١/٩٩٣ مدنى) فى حق المنفعة فانه ينقضى حتما بالموت ان لم ينقض قبل ذلك بانقضاء مدة معينة .

ويقع كذلك أن يحدد نص القانون بمدة الاجل بمدة معينة من الزمن، أجلا واحدا أو حدا أقصى للاجل . فقد قضت المادة ٦٧٣ من تقنين المرافعات السابق بالزام الراسى عليه المزاد فى التنفيذ العقارى بأن يودع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثة الاشهر التالية لصيرورة البيع نهائيا(٢) . وقضت المادة ٥٦٣ من التقنين المدنى بأنه اذا عقد الايجار دون اتفاق على مدة ، فيعتبر الايجار منعقدا للفترة المعينة لدفع الاجرة ، وينتهى بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين اذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالاخلاء فى مواعيد معينة مبينة فى النص ، والاجل هنا أجل فاسخ فى عقد

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٠ ـ ويصح أن يكون مصدر الاجل ارادة المدين المنفردة ، وليس اتفاقا بينه وبين الدائن . ويقع ذلك كثيرا اذا صدر من احد العاقدين ايجاب وحدد لالتزامه بالبقاء على الايجاب ميعادا أو استخلص هذا الميعاد ضمنا من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة (انظر المادة ٩٣ مدنى) .

(٢) يلاحظ أن قانون المرافعات الحالى تطلب فى المادة ٤٤٠ ايداع كامل الثمن بمجرد اعتماد العطاء أو ايداع خمس الثمن على الاقل والا اعيدت المزايدة على ذمة مقدم أكبر عرض فى نفس الجلسة .

زمنى • ونصت المادة ٥٥٩ مدنى على أنه « لايجوز لمن لايملك الا حق الادارة أن يعقد ايجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات الا بترخيص من السلطة المختصة » ؛ وهذا هو حد أقصى للاجل الفاسخ فى عقد زمنى • ونصت الفقرة الثانية من المادة ٥٢٦ مدنى فى صدد مدة عقد الشركة على أنه « اذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاءيقومون بعمل من نوع الاعمال التى تألفت لها الشركة ، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها » • وقد حددت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ مدنى حدا أقصى لعقد العمل يلزم العامل فيه بالخدمة ، فنصت على أنه « اذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لاكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض ، على أن ينظر رب العمل الى ستة أشهر » • وحدد القانون مدة قصوى لملكية الاسرة ، فنصت المادة ٨٥٢ مدنى على أنه « يجوز الاتفاق على انشاء ملكية الاسرة لمدة لاتزيد على خمس عشرة سنة •••• واذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن الى الشركاء رغبته فى اخراج نصيبه » • وحدد كذلك الحد الاقصى للبقاء فى الشيوع ، فنصت المادة ٨٣٤ مدنى على أن « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولايجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين ، فاذا كان الاجل لايجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه » • وحدد كذلك حدا أقصى لمدة حق الحكر ، فنصت المادة ٩٩٩ مدنى على أنه « لايجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، فاذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة » •

وقد تصدر تشريعات استثنائية تمهل المدينين فى دفع ديونهم ، وتمنحهم آجالا ، أو توقف الوفاء بالديون moratiores [1] ويكون ذلك

---

(١) انظر فى فرنسا بلانيول وريبير وجابولد ٧ نقرة ١٠٢٣ .

عادة عقب نشوب حرب يكون من شأنها قلب الموازين الاقتصادية ، أو عقب أزمات اقتصادية يخشى معها خراب المدينين اذا هم أخذوا بدفع ديونهم فى المواعيد المحددة ، كما وقع ذلك فى التسويات العقارية التى صدرت بها تشريعات تنظمها فى مصر •

٦٠ **– القضاء مصدر للأجل** : وقد يكون القضاء هو مصدر الاجل ويسمى الأجل القضائى فى الفقه المصرى بنظرة الميسرة •

والأصل فى نظرة الميسرة (délai de grâce) أن المدين ، اذا كان يجب عليه الوفاء بدينه فى الميعاد المتفق عليه ، الا أنه اذا استدعت حالته الرأفة به ، ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم ، ولم يمنع من التأجيل نص فى القانون ، يجوز للقاضى ، بهذه الشروط الثلاثة ، أن يمنح المدين أجلا أو آجالا معقوله يفى فيها بدينه • وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى على هذا الحكم صراحة اذ تقول : « على أنه يجوز للقاضى ، فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » •

ونظرة الميسرة ، كنظرة الظروف الطارئة ، يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالرأفة ، وهى تخفف العبء من حيث الافساح فى أجل الوفاء ، كما تخفف الظروف الطارئة العبء من حيث تحديد مقدار الدين (١) •

ونظره الميسرة أجل واقف يمنحه القاضى كما رأينا ولكنه يختلف فى أحكامه عن أحكام الاجل الواقف التى سنوردها ، وبخاصة من ناحية مسقطات الاجل ، اختلافا كبيرا • ونساير التقنين المدنى ، فلا نبحث نظرة الميسرة هنا ، بل عند الكلام فى انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء ، اذ يجب على المدين أن يفى الدين فى ميعاده الا اذا نظره القاضى الى أجل(٢) •

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩ ص ٤٩٩ •
(٢) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص =

٢ — الحقوق التى يلحقها وصف الاجـل

٦١ — الحقوق الشخصيةوالحقوق العينية عدا حق الملكية : والاجل وصف يلحق بوجه عام الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء أيا كان مصدر هذه الحقوق . فحق المنفعة أيا كان مصدره مقترن بأجل فاسخ حده الاقصى هو الموت كما قدمنا . كذلك حق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة .

غير أن هناك حقا عينيا واحدا — هو حق الملكية — لايجـوز أن يقترن بأجل واقف أو فاسخ . ذلك أن طبيعة حق الملكيـة تقتضى أن يكون هذا الحق أبديا ، بل هو يتأبد فى انتقاله من مالك الى مالك ، فلا يصح أن يقترن بأجل فاسخ لان هذا يتعارض مع أبديته ، ولا بأجـل واقف اذ يقابل هذا الاجل أجل فاسخ فى الجهة الاخرى (١) .

٦٢ — الحقوق التى يلحقها وصف الأجل : فالحقوق المالية ، عـدا حق الملكية ، تقبل الاقتران بالأجل كما قدمنا . أما الحقوق المتعلقـة

= يعدد مصادر الاجل ، هو المادة ٢٩٣ من هذا المشروع ، وكـانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ — الاجل اما أن يكون اتفاقيـا يحـدده المتعـاقدان صراحة أو ضمنا ، واما أن يكون بحكم القانون . ٢ — ويجـوز للقاضى فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين الى أجـل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ،اذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » (أنظر المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣ فى الهامش) . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص، بعد أن نقلت الفقرة الثانية منه (الخاصة بنظرة الميسرة) الى الفصـل المعقود للوفاء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام عند الكلام فى ميعاد الوفاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣ فى الهامش) .

ونصت المادة ١٠٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « الأجل المؤجل اما قانونى أو ممنوح . فالقانونى هو المثبت فى عقد انشـاء الموجب أو فى عقد لاحق له أو المستمد من القانون . والاجل الممنوح هـو الذى يمنحه القاضى » . ونصت المادة ١٠٧ من هذا التقنين على أن « الأجل القانونى صريح أو ضمنى : فهو صريح اذا كان مشترطا صراحة ، وضمنى اذا كان مستنتجا من ماهية الموجب » .

(١) وقد نصت المادة ٢٩٢ من التقنين المدنى العراقى على انه « لايصح فى العقد اقتران الملكية بأجل » (أنظر عكس ذلك الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٤ ص ١٤٩) .

بالأحـوال الشخصية فلا تقبل الاقتران بالاجل ، كما لا تقبـل التعليق على الشرط . فالزواج الى أجل أو مقترنا بأجل واقف لايجوز ، وكذلك الطلاق والحجر والاذن بالتجارة والحقوق المتولدة من النسب ونحـو ذلك من الحقوق .

الفـرع الثـانى

ما يترتب على الاجل من الآثار

٦٣ ـ **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٧٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف ، فانه لايكون نافذا الا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه. وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين اذا خشى افلاس المدين أو اعسـاره واستند فى ذلك الى سبب معقول » .

« ٢ ـ ويترتب على انقضاء الاجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى (١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام التى يقضى بها كان معمولا بها دون حاجة الى نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنـين المدنى السورى المادة ٢٧٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦١ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٩٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ١٠٨ و ١١١ و ١١٧ و ١١٨ ، وفى التقنين المدنى الكويتى

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٣٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليـه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٦ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجـلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤ ـ ص ٣٥) . وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيـدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤ ـ ص ٣٥ .

المادتين ٣٣٠ و ٣٣٥ ؛ وفى التقنين المدنى الاردنى المـادة ٤٠٢ (١) ٠

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السـورى : م ٢٧٤ (مطابقة للمادة ٢٧٤ من التقنين المدنى المصرى) ٠

التقنين المدنى الليبى : م ٢٦١ (مطابقة للمادة ٢٧٤ من التقنين المدنى المصرى) ٠

التقنين المدنى العراقى : م ٢٩٣ : ١ ـ العقد المضاف الى أجل واقف ينفذ سببا فى الحال ، ولكن يتأخر وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه ٠ ٢ ـ والعقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذا فى الحال ، ولكن يترتب عـلى انتهاء الاجل انقضاء العقد ٠ (والحكم واحد فى التقنينين المصرى والعراقى، وعبارة التقنين العراقى مستمدة من لغة الفقه الاسلامى ٠ قارن الاسـتاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٤) ٠

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : ١٠٨ : أن الاجل المؤجل لا يقتصر على جعل الموجب غير مستحق الايفاء ، بل يمنع عنه حكم مرور الزمن مادام الأجل لم يحل ٠ أما اذا كان الموجب قد نفذ ، فلا وجه لاسترداد ما لم يجب ٠

م ١١١ : ان الدائن الى أجل يمكنه حتى قبل الاستحقاق أن يتوسـل بكل الوسائل الاحتياطية لصيانة حقوقه وأن يطلب كفالة أو غيرها من وجوه التأمين أو أن يعمد الى الحجز الاحتياطى حين يجد من الاسباب الصحيحة ما يحمله على الخوف من عدم ملاءة المديون أو من افلاسه أو من هربه ٠

م ١١٧ : ان الموجبات التى موضوعها اجراء أمر متواصل أو سلسلة أمور متتابعة يكون مفعول الاجل فيها الاسقاط ٠

م ١١٨ : للموجب ذى الاجل المسقط مفاعيل الموجب البسيط ما دام ذلك الاجل لم يحل ٠ وعند حلوله تنقطع مفاعيل المـوجب فيما يختص بالمستقبل فقط ٠

(ورغم افاضة التقنين اللبنانى فى التفصيلات فان الاحكام واحدة فى التقنينين المصرى واللبنانى فيما عدا ما يأتى : ١ ـ لايجيز التقنين اللبنانى رد الدين المؤجل اذا كان قد وفى قبل حلول الاجل ، ويجيز التقنين المصرى ذلك على تفصيل سيأتى (م ١٨٣ مصرى) ـ ٢ ـ يجيز التقنين اللبنـانى الحجز التحفظى بالدين المؤجل ، أما تقنين المرافعات المصرى فيشترط فى الحجوز التحفظية ان يكون الدين محقق الوجود حال الأداء (م ٣١٩ و ٣٢٥ مرافعات مصرى) ـ ويلاحظ أيضا أن المادة ١١٧ من التقنـين اللبنانى تعرض للالتزامات الناشئة من عقود زمنية ، ولكن لتقرر جواز أن يقتـرن بها أجل فاسخ يكون مفعوله عند انقضائه اسقاط الالتزام) ٠

التقنين المدنى الكويتى : م ٣٣٠ (مطابقة للفقرة الاولى من المـادة ٢٧٤ من التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى الصياغة) ٠

م ٣٣٥ (مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ من التقنين المـدنى المصرى) ٠

التقنين المدنى الاردنى : م ٤٠٢ (مطابقة للشق الاول من الفقـرة الاولى للمادة ٢٧٤ من التقنين المدنى المصرى) ٠

٦٤ — **قبل حلول الاجل وعند حلول الاجل** : ويتبين من النص المتقدم أنه هنا أيضا ، كما فى الشرط ، يجب أن نميز بين مرحلتين : ١ — المرحلة السابقة على حلول الاجل ، أى وقت قيام الاجل • ٢ — ومرحلة حلول الأجل ، وهذه المرحلة لاتحتمل الا صورة واحدة هى أن يحل الأجل فعلا • ويختلف الشرط عن الاجل فى ذلك بأن مرحلة ما بعد التعليق تحتمل تحقق الشرط أو تخلفه ، لان الشرط ، خلافا للأجل ، أمر غير محقق الوقوع •

المبحث الاول

الآثار قبل حلول الأجل

١ — الأجل الواقف

٦٥ — **الحق المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كامل الوجود** : والحق المقترن بأجل واقف هو حق موجود كالحق المعلق على شرط واقف ، بل هو أقوى وجودا ، اذ الحق المعلق على شرط واقف حق ناقص كما رأينا ، أما الحق المقترن بأجل واقف فهو كامل الوجود [1] •

ويترتب على وجود الحق المقترن بأجل واقف من النتائج ما سبق أن رتبناه على وجود الحق المعلق على شرط واقف ، ويزيد نتائج أخرى مستمدة من كمال وجوده •

فمن النتائج المستمدة من محض الوجود ما يأتى :

١ — ينتقل هذا الحق من صاحبة الى الغير بالتصرف والميراث وغير ذلك من أسباب انتقال الحقوق ، على التفصيل الذى قررناه بالنسبة الى الحق المشروط •

---

(١) وقد قضت محكم النقض بان الحق المقترن بأجل هو حق كامل الوجود ولكن نفاذه يكون مترتبا على حلول الاجل (نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٦ ص ٣٧٦) •

٢ - يجوز لصاحب هذا الحق أن يجرى الاعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف • ولايجوز لمن عليه الحق أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال الحق عند حلول أجله أو يزيده صعوبة ، وذلك كله على التفصيل الوارد فى الحق المشروط •

٣ - يجوز لصاحب هذا الحق أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كوضع الاختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون الرسمية وتجديد القيد والتدخل فى القسمة ووضع الحراسة على الأعيان ورفع دعاوى تحقيق الخطوط (١) ورفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، دون الدعوى البوليصية لأن الحق غير مستحق الأداء وله بوجه خاص - كما تقول المادة ١/٢٧٤ مدنى - أن يطالب بتأمين اذا خشى - مستندا فى ذلك الى سبب معقول ولايكفى مجرد الخشية الذاتية اذا لم تكن مستندة الى سبب يبررها - افلاس المدين أو اعساره • فاذا لم يقدم المدين التأمين ، ترتب على ذلك سقوط الأجل ،

---

(١) وغنى عن البيان ان الحكم الذى يحصل عليه الدائن بصحة السند المثبت لدين مؤجل لايستطيع الحصول بموجبه على حق اختصاص ، لان حق الاختصاص لا يؤخذ الا بموجب حكم واجب التنفيذ فى موضوع الدعوى اى بالدين نفسه (م ١٠٨٥ مدنى) • وفى فرنسا قانون قديم صدر فى ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ ويقضى بأنه اذا صدر بصحة دين قبل حلول أجله ، فلا يجوز الحصول بموجب هذا الحكم على رهن عام (وهو ما يقابل حق الاختصاص عندنا) على أموال المدين الا اذا لم يدفع المدين الدين عند حلول أجله ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤) • ويرى اكثر الفقهاء ان قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ اقتصر فى نصه على حالة الحكم بصحة السند العرفى المثبت للدين ، فاذا كان الدين غير ثابت فى سند ما ، او كان ثابتا فى سند رسمى ، فانه لايجوز رفع دعوى بصحة الدين قبل حلول الاجل اذ لو جاز ذلك لاستطاع للدائن أن يحصل على الرهن العام عند حلول الأجل وهذا يخالف العقد القائم ما بين الطرفين ، فان المدين لم يرض أن يعطى للدائن رهنا خاصا فكيف يجوز للدائن أن يحصل على رهن عام ! (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦١٧ - لوران ١٧ فقرة ١٨٨ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ٣ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٩ - عكس ذلك لاروميير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٢٤) •

قياسا على حكم المادة ٢٧٣ مدنى وسيأتى ذكرها (١) . وقد قدمنا كل ذلك فى الحق المشروط (٢) .

٤ - يجوز لصاحب هذا الحق أن يدخل فى التوزيع ، بل اذا كان التوزيع نتيجة افلاس المدين أو اعساره ، فان الأجل الواقف يسقط كما سنرى ، ويستوفى الدائن حقه باعتبار أنه حال مستحق الأداء .

ومن النتائج المستمدة من كمال الوجود - ويزيد فيها الحق المقترن بأجل على الحق المشروط - ما يأتى :

١ - يسقط الأجل الواقف ، ويصبح الحق المؤجل مستحق الأداء ، اذا شهر افلاس المدين أو اعساره .

٢ - بل ان المدين اذا أضعف بفعله التأمينات التى أعطاها للدائن، أو لم يقدم ما وعد به من تأمين ، فان الأجل يسقط كذلك على تفصيل سنذكره فيما بعد .

٣ - بل ان ضعف التأمين أو الخشية من افلاس المدين أو اعساره خشية تستند الى سبب معقول ، ولو رجع ذلك الى سبب خارج عن ارادة المدين ، يكفى لاسقاط الأجل ، الا اذا قدم المدين تأمينا كافيا .

٤ - واذا هلك الشىء محل الحق المؤجل بسبب أجنبى قبل حلول الأجل كان الهلاك على الدائن لا على المدين ، لأن الشىء قد أصبح حقا مؤكدا له فيهلك عليه ، بخلاف ما رأيناه فى الشرط . فاذا هلكت العين المؤجرة فى يد المستأجر قبل حلول أجل ردها ، أو هلكت الوديعة فى يد حافظ الوديعة قبل انقضاء أجل الوديعة ، كان الهلاك على الدائن ، أى المؤجر أو المودع . أما اذا كان العقد بيعا فقد رأينا أن العين تهلك

---

(١) ويعتبر التزام المدين بتقديم التأمين او دفع الدين فورا التزاما تخييريا مصدره نص القانون ، وحق الخيار فيه للمدين (أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ - ص ٣٨) .

(٢) أما قطع التقادم فلا فائدة منه ، لان الدين المؤجل لا يسرى فى حقه التقادم الا عند حلول الاجل ، فاذا حل الاجل وبدأ التقادم يسرى كان للدائن بطبيعة الحال أن يقطعه (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٤) .

على البائع ، فاذا حدد أجل لتسليم العين المبيعة الى المشترى ، وهلكت العين قبل التسليم ، فالهلاك على البائع لا على المشترى أى المدين لا الدائن (١) ، وهذا هو حكم العقد اذا كان ناقلا للملكية .

٦٦ — **ولكنه حق غير نافذ** : على أن الحق المقترن بأجل واقف ، اذا كان حقا موجودا كامل الوجود ، فانه مع ذلك حق غير نافذ . وتقول المادة ١/٢٧٤ مدنى أن هذا الحق « لا يكون نافذا الا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل » .

ومن النتائج التى تترتب على عدم نفاذه الى حين حلول الأجل ما يأتى :

١ — لايجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين المؤجل قبل حلول الاجل ، فان هذا الدين لا يقبل التنفيذ الجبرى ما دام الأجل قائما (٢) .

---

(١) والتون ٢ ص ٣٦٥ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٥ .

(٢) ويترتب على ذلك : (١) اذا رفع الدائن الدعوى يطالب بوفاء الدين قبل حلول الاجل ، رفضت دعواه ، حتى لو تعهد انه لاينفذ الحكم الا عند حلول الاجل (لوران ١٧ فقرة ١٨٤ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٣٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٨ فقرة ١٠٠٥) (ب) واذا لم يحضر المدين ، جاز للقاضى من تلقاء نفسه أن يرفض الدعوى ، لان الحكم بدفع دين لم يحل أجله لايجوز ويكون واجبا نقضه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٠٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ وهامش رقم ١١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ — ولكن قارن دريدا Derrida فى أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ (terme). فقرة ٢٢) . (ج) ورفض الدعوى واجب حتى لو حل اجل الدين أثناء نظرها ، لان الحكم يستند الى يوم رفع الدعوى وفى هذا اليوم لم يكن الدين مستحق الأداء (لارومبيير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٢٦ — بارتان على أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش ١٠ مكرر — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥) . ولكن هذه المسألة فيها نظر ، فقد يقال ان القاضى يحكم بالوفاء مادام الدين قد استحق أثناء نظر الدعوى ، غير أنه يجعل المصروفات على الدائن اذ تعجل فى رفع الدعوى قبل حلول الاجل ، وذلك اقتصادا فى مجهود القاضى (أنظر توليبه ٦ فقرة ٦٦٤) . وفى القضاء المختلط حكمان متعارضان فى هذه المسألة ، فقد قضت محكمة القضاء المستعجل باسكندرية بأن دعوى =

٢ — وكذلك لايقبل الدين المؤجل التنفيذ الاختيارى ، فاذا أداه المدين قبل حلول الأجل اختيارا ، ولكن عن غلط معتقدا أن الاجل قد حل أو معتقدا أن الدين حال غير مؤجل ، جاز له أن يسترده من الدائن ما دام الاجل لم يحل وفقا لأحكام استرداد غير المستحق . على أنه يجوز للدائن — بل ويلزم بذلك اذا كان الأجل قد حل قبل الاسترداد — أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل بشرط ألا يزيد ذلك على ما لحق المدين من ضرر طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب . فاذا كان الدين الذى عجله المدين نقودا ، التزم الدائن أن يرد الفائدة بالسعر القانونى أو الاتفاقى عن المدة التى كانت باقية لحلول الاجل . وقد كان هناك رأى فى عهد التقنين المدنى السابق يذهب الى أن الدين المؤجل اذا عجل ، ولو عن غلط ، لايسترد ، لأن المدين يكون قد دفع ماهو مستحق عليه ، اذ الدين المؤجل — خلافا للدين المعلق على شرط — موجود كامل الوجود [1] . ولكن التقنين المدنى الجديد حسم هذا

= اخلاء العين المؤجرة امام القضاء المستعجل تكون غير مقبولة فيها قبل الأوان اذا هى رفعت قبل أن ينقضى عقد الايجار ، حتى لو انقضى العقد أثناء نظر الدعوى ولم يبادر المستأجر الى اخلاء العين (الاسكندرية القضاء المستعجل ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ١٩ ص ١٣) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت ، من جهة أخرى ، بأنه اذا رفعت دعوى الوفاء بالدين قبل حلول اجله ، ولكن حل الأجل أثناء نظر الدعوى دون أن يعرض المدين الوفاء ، فلا محل للحكم برفض الدعوى لرفعها قبل الأوان (استئناف مختلط اول مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٤٣) .

وجرى القضاء الوطنى والفقه فى مصر على الاستمرار فى نظر الدعوى والفصل فيها متى حل الاجل اثناء نظرها وقبل الفصل فيها بحكم نهائى .

(١) أنظر فى هذا المعنى الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٤ — الأستاذ احمد حشمت ابو ستيت فقرة ٦٧٦ ص ٥٠٦ (وانظر فى أن العبرة بتاريخ الوفاء المعجل ، فان وقع قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ طبق التقنين السابق ، والا طبق التقنين الجديد : الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الثانى ص ١٦٩٨ هامش رقم ٢) . وانظر عكس ذلك : والتون ٢ ص ٣٦٢ — ص ٣٦٤ (ويذهب الى أن الدين المؤجل اذا دفع عن بينه لا يسترد ، واذا دفع عن غلط استرد) .

وفى الفقه الفرنسى وقع خلاف فى هذه المسألة ، فاغلبية الفقهاء يذهبون الى عدم جواز استرداد ما دفع عن غلط قبل حلول الاجل ، لان التقنين =

الخلاف بنص صريح ، هو المادة ١٨٣ وتنص على أنه « ١ – يصح كذلك استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل • ٢ – على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر • فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل (١) » • ويبرر هذا الحكم أن المدين قد عجل الدين عن غلط وهو يجهل قيام الاجل ، والأجل يقابله منفعة ، فاذا كان قد دفع المستحق فيما يتعلق بالدين ذاته لأن الدين المؤجل موجود كما قدمنا ، ألا أنه دفعه قبل حلول الأجل ، فكان له أن يسترد المنفعة التى تقابل الاجل وهذه غير مستحقة ، وبهذا تقضى المادة ١٨٣ كما رأينا (٢) •

= المدنى الفرنسى يشتمل على نص فى هذا المعنى هو المادة ١١٨٦ • وتقضى بأن ما كان غير مستحق الوفاء الا بعد أجل لاتجوز المطالبة به الا عند حلول الأجل ، ولكن ما عجل الوفاء به لا يسترد (توليبه ١١ فقرة ٥٩ – اوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٦ – لارومبيير ٢ م ١١٨٦ فقرة ٣٤ – لوران ١٧ فقرة ١٨٥ – هيك ٧ فقرة ٢٨٤ – بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٨ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٩ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩٧ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٣ ص ٤٥٢ – جوسران ٢ فقرة ٧٢٧) • ولكن بعض الفقهاء يفسرون النص المتقدم بأن من يدفع قبل الاجل عن بينة – لا عن غلط – لايجوز له ان يسترد ، اما اذا دفع عن غلط فقد دفع غير المستحق وجاز له الاسترداد (ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٢ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٣٣ – فقرة ٦٣٤) – هذا والفقهاء الذين يذهبون الى عدم جواز لاسترداد حتى لو كان الدفع عن غلط يختلفون فيما بينهم فبعضهم يجيز للمدين ان يسترد من الدائن ثمار ما دفعه قبل الاجل دون أن يسترد الاصل (دير انتون ١١ فقرة ١١٣ – موزلون فقرة ١٢٢٢ – لوران ١٧ فقرة ١٨٦) وبعض آخر لايجيز للمدين أن يسترد الاصل ولا الثمار (توليبه ١١ فقرة ٥٩ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٠ – لاروبيير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٣٥ – هيك ٧ فقرة ٢٨٥ – بودرى وباردفقرة ٩٨٩ – بلانيول وريبيروجابولد ٧ فقرة ١٠٠٩ ص ٣٤٨ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩٨) •

(١) وقد سبق شرح هذا النص فى الجزء الاول من الوسيط عند الكلام فى دفع غير المستحق (الوسيط ١ فقرة ٨٤٧) .

(٢) وقد أوردت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تطبيقا عمليا لهذا الحكم اذ تقول : « فيحق مثلا لمقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء =

وغنى عن البيان أن المدين اذا دفع الدين المؤجل قبل حلول الأجل وهو عالم بقيامه ، فأنه يعتبر متنازلا عن الأجل ، والتنازل من مسقطات الأجل كما سنرى ، وبذلك يصبح الدين حالا مستحق الأداء ، فلا يسترد شيئا من الدائن فى هذه الحالة .

٣ — ولما كان الدين المؤجل غير نافذ وغير مستحق الأداء ، فان المقاصة القانونية لاتقع بينه وبين دين آخر مستحق الأداء للمدين على الدائن ، لأن المقاصة القانونية لا تكون الا فى دينين مستحقى الأداء ، ولأن التنفيذ الجبرى ممتنع فى الدين المؤجل والمقاصة القانونيه ضرب من التنفيذ الجبرى (١) .

٤ — ولما كان الدين المؤجل غير مستحق الأداء ، فانه لايجوز للدائن صاحب هذا الحق أن يوقع به حجزا تحفظيا تحت يد مدين مدينه ، ولا يجوز أن يوقع به أى حجز تحفظى آخر (٢) ، فان الحجوز التحفظية ، طبقا لصريح نص المادتين ٣١٩ و ٣٢٥ من تقنين المرافعات ، تقتضى أن يكون الدين المحجوز به محقق الوجود حال الأداء ، والدين المؤجل اذا كان محقق الوجود فهو غير حال الأداء (٣) .

= قبل الموعد المقرر بستة أشهر ، وتحمل بسبب ذلك نفقات اضافية ، أن يطالب الدائن ، اذا لم يشأ أن يرد البناء الذى تسلمه الى أن يحل الأجل ، بأقل القيمتين : قيمة النفقات الاضافية وقيمة ايراد البناء فى خلال الشهور الستة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢) .

(١) ولكن اذا كان من يتمسك بالمقاصة لحق له مؤجل يستند فى تمسكه الى أن الأجل فى صالحه وقد نزل عنه ، جاز له ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤) .

(٢) وقد كان هذا هو أيضا الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق (استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٣ — ٢ ابريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٢ — ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٦١ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٢٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤١ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٥) .

(٣) ويذهب الفقه الفرنسى فى هذه المسالة التى نفس الحكم الذى قطعت به عندنا النصوص الصريحة المشار اليها فى تقنين المرافعات (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦١٠ — لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ — لوران ١٧ فقرة ١٨٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٥٩٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة =

٥ ـ ولايجوز للدائن اذا كان حقه مؤجلا أن يستعمل الدعـــوى البوليصية ، لأن هذه الدعوى تقتضى أن يكون حق الدائن مســـتحق الأداء • ويلاحظ أن اعسار المدين ، وهو شرط فى الدعوى البوليصية ، لا يؤدى الى اسقاط الأجل ، اذ الأجل لا يسقط الا بشهر اعسار المدين كما سنرى • واذا شهر اعسار المدين ، لم يعد الدائن فى حاجة الى رفع الدعوى البوليصية ، الا اذا كان ذلك بالنسبة الى تصرف صدر من المدين قبل شهر الاعسار ، وعند ذلك يرفع الدائن الدعـــوى البوليصية بموجب حق مستحق الأداء أسقط شهر الاعسار أجله •

٦ ـ ولما كان الدين المؤجل لا يستحق الاداء الا عند حلول الاجل فان التقادم المسقط لا يسرى فى حقه ما دام الأجل قائما ، ولا يسرى الا منـــذ حلول الأجـــل[١] •

٧ ـ كذلك لايجوز للدائن اذا كان حقة مؤجلا أن يحبس حقـــا للمدين عنده ، فان الحبس لايكون الا لدين مستحق الأداء ، وقد سبق بيـــــان ذلك[٢] •

٢ ـ الأجل الفاسخ

٦٧ ـ الحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ : وهنا نتجوز فنعتبر العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ ، لأنها هى الكثرة الغالبة فى هـــــذا الميدان من الناحية العملية •

وتمكن المقارنة ما بين الحق المقترن بأجل فاسخ والحق المعلق على

= ١٠٠٥ ص ٣٤٤ ـ جارسونية الطبعة الثانية ٤ فقرة ١٣٨٩ ص ٣٢٦) • ولكن الراى الراجح فى الفقه الفرنسى أن نظرة الميسرة لاتمنع الدائن مـــن توقيع حجز ماللمدين لدى الغير (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢١ ص ٣٦٤) •

(١) وقد قدمنا أن الأجل اذا كان موكولا تعيينـــه الى ارادة الدائن ، كما اذا اتفق على حلول الدين بعد اخطار الدائن المدين بثلاثة اشهر مثلا ، فان التقادم يسرى فى حق هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الاجل الموكول الى ارادة الدائن ، والا كان غير قابل للتقادم (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٥ ـ وانظر آنفا فقرة ٥٠ فى الهامش) •

(٢) الوسيط الجزء الثانى ـ الطبعة الثانية المجلد الثانى فقرة ٦٤٢ ص ١٤٧٥ •

شرط فاسخ فى أنهما يتفقان فى الوجود والنفاذ ، ويختلفان فى أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال كما قدمنا ، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال عند حلول الاجل ، فهو أضعف فى هذه الناحية من الحق المعلق على شرط فاسخ ، ولكنه أقوى منـه فى ناحية أخرى اذ أنه عندما يزول لا يزول بأثر رجعى كالحق المعلق على شرط فاسخ بل لابد أن يوجد مدة من الزمن .

فصاحب الحق المقترن بأجل فاسخ يملكه حـالا ، وله أن يديره ، وأن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات الجائزة ، وتنفذ جميع تصرفاته فورا ولكن فى حدود حقه وهو حق محدود بأجله فهو حق مؤقت ضرورة . فالمستأجر مثلا يستطيع أن يتصرف فى حقه بالايجار من الباطن والتنازل عن الايجار لغيره ، ويكون ذلك بطبيعة الحال فى حدود الايجار الاصلى .

والدائن بأجل فاسـخ له حـق حال واجب الاداء ، ويسـتطيع أن يتقاضاه من المدين طوعا أو كرها ، أى بطريق التنفيذ الاختيـارى أو بطريق التنفيذ القهرى . وله أن يوقع حجز ما للمدين لدى الغـير والحجوز التحفظية الاخرى ، وأن يستعمل الدعوى البوليصـية ، وأن يحبس ما تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه . ولما كان هذا الحق واجب الأداء ، فان التقادم المسقط يسرى ضده منذ نشوئه (١) .

٦٨ — ولكن الحق المقترن بأجل فاسخ مؤكد الزوال : وهذا هـو المعنى الجوهرى للاجل الفاسخ ، فالحق المقترن به حق مؤقت بطبيعته ، وينتهى حتما بانتهاء الأجل .

ويترتب على ذلك أن جميع تصرفات صاحب الحق المقترن بأجـل فاسخ تكن مقيدة بحدود هذا الحق ، فهى مؤقتة مثله ، اذ لا يسـتطيع الشخص أن ينقل الى غيره أكثر مما له .

---

(١) ولا تثار بالنسبة الى الحق المقترن بأجل فاسخ ما أثير بالنسبة الى الحق المعلق على شرط فاسخ من مسائل التطهير والشفعة والتقادم المكسب والمقاصة القانونية ، فان الحق المقترن بأجل فاسخ حق مصـيره حتما الى الزوال ، فلا يقوى على مثل هذه الاوضاع القانونية .

المبحث الثانى

الآثار عند حلول الأجل

١ — كيف يحل الأجل

٦٩ — أسباب ثلاثة لحلول الاجل :يحل الاجل بأحد أسباب ثلاثة: ١ — بانقضائه ٢ — أو بسقوطه ٣ — أو بالنزول عنه ممن لهم مصلحة فيه (١) .

ولايتصور فى الأجل ، كما أمكن التصور فى الشرط ، انه قد يتخلف . فالأجل كما علمنا أمر محقق الوقوع .

٧٠ — حلول الأجل بانقضائه : أول سبب لحلول الأجل — واقفا كان الأجل أو فاسخا — هو انقضاؤه ، وهذا هو السبب الطبيعى المألوف . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذه المسألة ، هو المادة ٣٩٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ — يحل الاجل اذا تحقق الامر المنتظر أو انقضى الميعاد المضروب . ٢ — اذا جعل مبدأ سريان الاجل من وقت وقوع أمر معين ، فلا يحسب اليوم الذى يقع فيه هذا الامر عند حساب الاجل . ٣ — اذا كان الميعاد بالأيام فيحسب اليوم من منتصف الليلة الى منتصف الليلة التالية . واذا كان بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين ، فانه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى تسميته أو فى تاريخه مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد ، فان لم يوجد مثل هذا اليوم فى الشهر الأخير فان الأجل ينقضى فى اليوم الاخير من هذا الشهر . واذا كان الاجل نصف شهر ،

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: « والاصل أن ينقضى الاجل بالحلول او السقوط أو التنازل . على أن لانقضاء الاجل أسبابا أخرى تعرض فى احوال خاصة : كانقضاء الاجل بالموت فى حالة تصفية التركة ، وسقوط الاجل القضائى بوقوع المقاصة او بقيام دائن آخر بالتنفيذ على اموال المدين أو بتحقيق الاقتدار على الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الهامش) .

فتكون مدته خمسة عشر يوما مهما كان عدد أيام الشهر » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة «لأنها تتضمن حكما تفصيليا لا ضرورة له»(١) .

وغنى عن البيان أن النص المحذوف ليس الا تطبيقا تفصيليا للقواعد العامة ، ومن ثم تسرى أحكامه بالرغم من حذفه استنادا الى هذه القواعد . فيحل الاجل بوقوع الامر المنتظر الذى ضرب أجلا ، كرجوع القافلة الاولى من الحجيج وقد قدمت فى يوم معين ، فيحل الاجل برجوعها فى هذا اليوم .

وانما يحل الاجل عادة بانقضاء الميعاد المضروب ، لأن الأجل أكثر ما يكون تاريخا فى التقويم كما قدمنا . فاذا حدد تاريخ معين — يوم أول يناير سنة ١٩٥٨ مثلا — فان الاجل يحل فى هذا اليوم بالذات ؛ ولكن يحدث أن يحدد الاجل بوقت معين ينقضى من وقت وقوع أمر معين كعشرة أيام من وقت بيع القطن ، فلا يحسب اليوم الذى بيع فيه القطن وتعد عشرة أيام من بعده ، وعند انتهاء اليوم العاشر يحل الأجل .

وقد يجعل الاجل أياما أو أسابيع أو شهورا أو سنين . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه المسألة مانكتفى بنقله هنا : « ويراعى أن أخص ما يعرض فى هذا الشأن تعيين مبدأ سريان الأجل وموعد انقضائه . فلا يدخل فى حساب الاجل اليوم الذى يقع فيه الأمر الذى يضاف اليه بدء سريانه . فاذا جعل الاجل مثلا ثلاثة أيام بعد الوصول من رحلة ، فلا يدخل يوم الوصول فى حساب هذا الأجل . ولتعيين موعد انقضاء الأجل يحسب اليوم من منتصف الليلة الى منتصف الليلة التالية اذا كان الميعاد بالايام . أما اذا كان الميعاد بالاسابيع أو بالشهور أو بالسنين ، فانه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى اسمه (الخميس مثلا) أو فى تاريخه (كأول يناير مثلا) مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد ، بعد حساب عدد الاسابيع أو الشهور أو السنين .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الهامش — وقارب المادة ١٥ من تقنين المرافعات .

فاذا جعل الأجل مثلا ثلاثة أسابيع تبدأ من الخميس الثانى من شهر مارس ، كان موعد انقضائه الخميس الاول من شهر ابريل ؛ واذا جعل ثلاثة أشهر تبدأ من ٢٠ فبراير كان موعد انقضائه ٢٠ مايو . واذا جعل ثلاث سنوات تبدأ من ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ ، كان موعد انقضائه ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٢ . واذا كان الاجل شهرين يبدأ من ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، انقضى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ ، لان اليوم المقابل لليوم الذى بدأ فيه سريان الميعاد لا نظير له فى الشهر الاخير ، وعلى هذا النحو ينقضى الميعاد فى آخر يوم من فبراير أى فى اليوم التاسع والعشرين لوقوع هذا الشهر فى سنة كبيسة . واذا كان الاجل نصف شهر ، اعتبرت مدته خمسة عشر يوما مهما كان عدد أيام الشهر . فاذا جعل الاجل نصف شهر يبدأ من منتصف ليل أول فبراير ، اعتبر منقضيا فى منتصف ليل ١٥ فبراير . واذا جعل بدء سريان هذا الاجل منتصف ليل يوم ٢٠ مارس ، انقضى فى منتصف ليل ٤ أبريل . ويراعى فى جميع الاحوال أنه اذا كان آخر يوم من أيام الاجل يوم عطلة ، أو يوما لا يتيسر فيه تنفيذ الالتزام من جراء أمر يقتضيه القانون ، فلا ينقضى الميعاد الا فى اليوم التالى (١) » .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الهامش — وقد خاض تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى كل هذه التفصيلات ، فاورد النصوص الآتية : م ١٠٢ — ان مهلة الاجل تبتدى . من تاريخ العقد اذا لم يعين الفريقان او القانون تاريخا آخر . اما فى الموجبات الناشئة عن جرم أو شبه جرم فتبتدىء مهلة الاجل من تاريخ الحكم الذى يعين للتعويض الواجب على المديون . م ١٠٣ — ان اليوم الذى يكون مبدأ مدة الاجل لايحسب ، وان الاجل المحسوب بالايام ينتهى بانتهاء آخر يوم من مدة الاجل م ١٠٤ — واذا كان محسوبا بالاسابيع أو بالاشهر أو بالاعوام ، فيكون الاستحقاق فى اليوم المقابل بتسميته أو بترتيبه من الاسبوع او الشهر او العام لليوم الذى ابرم فيه العقد . م ١٠٥ — اذا كان الاستحقاق واقعا فى يوم عطلة قانونية ، ارجىء الى اليوم التالى الذى لا عطلة فيه .

انظر أيضا المواد من ٨٧ الى ٨٩ من تقنين الالتزامات السويسرى — وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٢ — فقرة ١٠٠٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٢ .

على ان محكمة الاستئناف المختلطة قضت ، فى عهد تقنين المرافعات =

٧١ — حلول الاجل بسقوطه — نص قانوني : وقد يحل الأجل ، قبل انقضائه ، بالسقوط . وتنص المادة ٢٧٣ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على ما يأتى :

« يسقط حق المدين فى الأجل : »

« ١ — اذا شهر افلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون » .

« ٢ — اذا أضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لادخل لارادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا » .

« ٣ — اذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات (١) » .

= الاسبق ، بأن المادة ٢٠ من تقنين المرافعات التى تقضى بمد الميعاد اذا كان آخر يوم فيه يوم عطلة تطبق الا فى مواد الاجراءات التى وردت فيها ، فلا تطبق اذن على الاجل المتفق عليه فى العقد (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٤٦) .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٢٩٦ من المشروع التمهيدى، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظى طفيف . وفى لجنة المراجعة حور النص تحريرا لفظيا ، واستبدلت عبارة « ضمانا كافيا » الواردة فى البند ٢ بعبارة « مايكمل التأمين » . وسأل احد الاعضاء عن مدى ما تؤديه عبارة « اضعاف التامين الى كبير » : فأجيب « بأن مجرد الاضعاف لا يكفى لسقوط الاجل ، وانما يكون بحيث تقل التأمينات عن قيمة الدين » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « ما لم يقدم المدين ضمانا كافيا » الواردة فى آخر البند ، بعبارة « ما لم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن ضمانا كافيا » ، لأن الاشارة الى توق السقوط تزيد ثمن البتيهى ان المدين بتقديمه الضمان الكافى يتوقى السقوط ، واصبحت المادة رقمها ٢٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩ — ص ٣٠ — وص ٣٢ — ص ٣٣) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المـادة ١٠٢/١٥٦ ، وتكاد الاحكام تكون واحدة فى التقنيين (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المـدنى السورى المادة ٢٧٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٠ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٩٥ ـ ٢٩٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقـود اللبنانى المادتين ١١٣ ـ ١١٤ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٣٢، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٠٤ (٢) .

---

(١) التقنين المدنى السابق م ١٠٢/١٥٦ : اذا تعهد المدين بشىء لاجل معلوم وظهر افلاسه أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التى كانت محـلا لوفاء التعهد ، فيستحق ذلك الشىء فورا قبل حلول الاجل .

(ونص التقنين المدنى الجديد أوفى من الوجوه الاتية : ١ ـ اضـاف شهر الاعسار الى شهر الافلاس ، وكان الاعسار فى عهد التقنين المـدنى السابق سببا لاسقاط الاجل ، ولكن لم يكن خاضعا لنظام الشهر القانونى الذى خضع له التقنين الجديد ، فكان الامر فى هذا الشأن مضطربا . ٢ ـ أضاف التقنين المدنى الجديد حالة ما اذا كان اضعاف التأمينات يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه ، ورتب على هذا الاضعاف أن يختار المدين بين سقوط الاجل وتقديم ضمان كاف . وكان هذا الحكم معمولا به فى التقنين المدنى السابق ، وورد فيه نص صريح فى حالة الرهن (م ٥٦٢/٦٨٦ وتقابل فى التقنين المدنى الجديد المادة ١٠٤٨) . ٣ ـ أضاف التقنين المدنى الجديد حالة ما اذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينـات ، وكان هذا الحكم معمولا به فى التقنين المدنى السابق دون نص) .

(٢) **التقنينات المدنية العربيةالاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٢٧٣ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنـين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٠ (مطابقة للمادن ٢٧٣ من التقنين المـدنى المصرى ، فيما عدا أن التقنين الليبى لم يذكر شهر الاعسار بين مسقطات الاجل لأنه لايعرف نظام الاعسار) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٩٥ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى هو أيضا لم يذكر شهر الاعسار من مسقطات الاجل ، ولكنه نص فى مكان الاعسار على حلول الديون المؤجلة : أنظر الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العـراقى فقرة ١٦١ ص ١٥٧) .

م ٢٩٦ : الدين المؤجل لايحل بموت الدائن ، ويحل بموت المـدين ، الا اذا كان مضمونا بتأمينات عينية . (وفى التقنين المدنى المصرى لايحل الدين =

والمفروض هنا أن الأجل أجل واقف ، أما الاجل الفاسخ فله أسباب يسقط بها فى أحوال معينة وردت فيها نصوص خاصة (١) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الاجل الواقف يسقط بأحد أسباب ثلاثة :

١ — شهر افلاس المدين أو اعساره ٢ — اضعاف التأمينات ٣ — عدم تقديم التأمينات التى وعد بها المدين . يضاف الى هذه الأسباب أسباب أخرى فى حالات خاصة ، كالموت وتطهير العقار المرهون . ونستعرض كل هذه الأسباب فيما يلى :

= بموت المدين الا فى حالة تصفية التركة ، وقد استمد التقنين المدنى العراقى هذا الحكم من الفقه الاسلامى ومن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١١٣ : ان المديون الذى يستفيد من الأجل يسقط حقه فى الاستفادة منه : ١ — اذا أفلس أو أصبح غير ملىء . ٢ — اذا اتى فعلا ينقص التأمينات الخاصة المعطاة للدائن بمقتضى عقد عند انشاء الموجب أو عقد لاحق له او بمقتضى القانون . أما اذا كان النقص فى تلك التأمينات ناجما عن سبب لم يكن المديون فيه مختارا ، حق للدائن أن يطلب زيادة التأمين ، فاذا لم ينلها حق له ان يطلب تنفيذ الموجب حالا . ٣ — اذا لم يقدم المديون للدائن التأمينات التى وعد بها فى العقد . (وهذه الاحكام مطابقة لما ورد فى التقنين المصرى) ، الا أن التقنين اللبنانى لايعرف نظام الأعسار فاقتصر على ذكر أن المدين اصبح غير ملىء . وغنى عن البيان أن المدين اذا اضعف التأمينات بفعله جاز للدائن ، فى التقنين اللبنانى ، بدلا من سقوط الاجل ، أن يطالب بتكملة التأمينات كما هو الامر فى التقنين المصرى) .

م ١١٤ : ان وفاة المديون تجعل كل ما عليه من الموجبات ذات الأجل مستحقة الايفاء ، ما عدا الديون المضمونة بتأمينات عينية . (وهذا النص يطابق فى الحكم المادة ٢٩٦ من التقنين المدنى العراقى السالفة الذكر) .

التقنين المدنى الكويتى : م ٣٣٢ (مطابقة فى حكمها للمادة ٢٧٣ من التقنين المدنى المصرى) م ٣٣٣ : يحل الدين المؤجل بموت المدين الا اذا كان مضمونا بتأمين خاص أو تدم الورثة ضمانا كافيا (وهذا النص يطابق فى الحكم للمادة ٢٩٦ من التقنين المدنى العراقى) .

التقنين المدنى الاردنى : م ٤٠٤ (مطابقة فى حكمها للمادة ٢٧٣ من التقنين المدنى المصرى م ٤٠٦ : الدين المؤجل لايحل بموت الدائن ويحل بموت المدين الا اذا كان موثقا توثيقا عينيا (وهذا النص يطابق فى الحكم للمادة ٢٩٦ من التقنين المدنى العراقى) .

(١) انظر فيما يلى فقرة ٧٨ فى الهامش .

٧٢ ـ سقوط الاجل لشهر افلاس المدين أو اعساره : كان الاجل يسقط ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بشهر افلاس المدين . وكذلك كان يسقط بأعسار المدين اعسارا فعليا[١] ، لأن هذا التقنين لم يكن يعرف نظام الاعسار القانونى[٢] . لذلك كان سقوط الاجل أكثر ما يلاحظ فى حالة شهر الافلاس لأنها حالة نظمها القانون باجراءات ظاهرة ، أما الاعسار الفعلى فكان أمرا خفيا لايظهر للناس ، فقل أن يكون سببا فى سقوط الاجل[٣] .

والآن بعد أن نظم التقنين المدنى الجديد حالة الاعسار القانونى ووضع لها اجراءات ظاهرة ، أصبح من اليسير فى هذا التقنين تطبيق الحكم القاضى باسقاط الاجل فى حالة الاعسار كما يطبق الحكم القاضى باسقاط الأجل فى حالة الافلاس[٤] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ يونية سنة ١٨٧٦ المجموعة الرسمية المختلطة ١ ص ١٢٥ ـ الزقازيق ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ ـ طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣/٢٢٣ ص ٢٥٦ ـ المنيا ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٨ ص ٦١ ـ شبين الكوم ٢٢ ابرايل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٢/٥٤٩و٣ ص ١٠٧٥ ـ انظر عكس ذلك وان الاعسار بخلاف الافلاس لا يسقط الاجل فى التقنين المدنى السابق : مصر الكلية ١٤ مايو سنة ٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٧٩ ص ٣٤١ .

(٢) جاء فى الموجز للمؤلف : « ويلحق بالافلاس بالنسبة للتاجر الاعسار بالنسبة لغير التاجر . وحتى يثبت الاعسار يجب أن يصدر به حكم قضائى ، ويكون الاعسار ثابتا من وقت صدور الحكم او على أبعد تقدير من وقت رفع الدعوى لاثبات الاعسار » (الموجز فقرة ٤٨٨ ـ وانظر ايضا الاستاذ احمد حشمت ابو ستيت فقرة ٦٧٤)ـ على أن بعض الاحكام كانت تذهب خطأ الى انه يكفى أن يضعف المدين بخطاه الضمان العام للدائنين دون أن يصل الى حد الاعسار ودون أن يكون فى ذلك اضعاف لتأمين خاص: استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٧ .

(٣) انظر فى سقوط الاجل بالاعسار الفعلى فى القانون الفرنسي وهو ايضا لا ينظم الاعسار القانونى بودرى وبارد فقرة ١٠١٢ ـ فقرة ١٠١٣ ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٤ ـ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٠٨ ـ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٤ ـ جوسران ٢ فقرة ٧٣٢ ـ فقرة ٧٣٣ .

(٤) ويسقط الاجل حتى لو كان للدائن ضمان عينى يكفل الدين =

ويلاحظ أن المادة ٢٥٥ مدنى تقضى ، عندما يحل الدين بشـــهر الاعسار ، بخصم مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الاجل ، وتقضى كذلك بأنه « يجوز للقاضى أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بابقاء الأجــل أو مده بالنسبة الى الديون المؤجلة ، كما يجوز له أن يمنح المدين أجــلا بالنسبة الى الديون الحالة ، اذا رأى أن هذا الاجراء تبرره الظـروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا » • وقد تقــدم بيــان ذلــك •

كذلك للمدين بعد انهاء حالة الاعسار أن يطلب اعادة الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الاعسار ولم يتم الوفاء بها الى أجلها السابق، متى كان أدى جميع ماحل من أقساطها ، كما ســبق القــول عنــد الكلام فى الاعسار (١) •

وغنى عن البيان أن مجرد الاعسار الفعلى ، فى عهد التقنين المدنى الجديد ، لايكفى لاسقاط الأجل ، بل لابد من أن يكون الاعسار اعسارا قانونيا قد شهر بموجب الاجراءات التى قررها القانون فى هذا الصدد •

٧٣ ــ سقوط الاجل لاضعاف التأمينات : ويشترط فى هذا السبب من أسباب سقوط الاجل أن يكون للدين المؤجل تأمين خاص ، فلا يكفى

= كرهن رسمى • فلا تزال للدائن مصلحة فى سقوط الاجل لاحتمال الايكون الضمان كافيا للوفاء بحقه فيتمكن من مزاحمة سائر الدائنين بالبــاقى من هذا الحق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٨ ــ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٣) • ويسقط الاجل كذلك حتى لو كان أجلا غير معين ، فلو أن شخصا أمن على حياته ثم أفلست شركة التأمين ، فان أجل دفع مبلغ التأمين يحل بافلاس الشركة • ولكن المؤمن على حياته يبقى ملتزما بدفع أقساط التأمين الى آخر حياته ، ولما كان لا يستولى الا على جزء من مبلغ التأمين بسبب افلاس الشركة ، فسيجد أن مصلحته هى فسخ عقد التأمين حتى لايعرض نفسه للخسارة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٩) •

(١) انظر المادة ٢٦٣ مدنى والمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ ــ وانظر الوسيط ٢ فقر ٧٢١ •

أن يضعف المدين الضمان العام للدائنين وهو يتناول أمواله فى جملتها(١). بأن يتصرف فى بعض من ماله (٢) ولو الى حد الاعسار ، فان علاج ذلك هو أن يطلب الدائن شهر اعسار المدين ، فاذا شهر الاعسار سقط الاجل، ولكنه يسقط بسبب شهر الاعسار لا بسبب اضعاف التأمينات . ولايجوز للدائن فى هذه الحالة ، قبل شهر الاعسار ، أن يستعمل الدعوى البوليصية مادام الأجل قائما لم يسقط ، فقد قدمنا أن الدعوى البوليصية تقتضى أن يكون الحق مستحق الأداء .

فلابد اذن من أن يكون هناك للدين المؤجل تأمين خاص (٣) .

---

(١) استئناف مختلط ٦ ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥١ - الزقازيق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ - ومع ذلك انظر : استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٧ .

(٢) وتطبيقا لهذا المبدأ لايحل الدين بالنسبة الى سندات اصدرتها شركة للسكك الحديدية اذا باعت هذه الشركة بعض خطوطها ، فأضعفت بذلك التأمين العام لحملة هذه السندات . وكذلك لايحل اجل الدين المترتب فى ذمة شركة تجارية ، ولم يستند الدائن فيه الا على ملاءة الشركاء ، اذا حلت هذه الشركة أو صفيت وبيعت عقاراتها ، وهذا على خلاف فى الرأى ، فهناك راى فى فرنسا يذهب الى حلول الدين اذا صفيت الشركة (انظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٨٦ هامش رقم ١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٣ هامش رقم ٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٠٩ ص ٥٠٣ هامش رقم ١) . أما فى التقنين المدنى المصرى فيبدو ان الدين المؤجل لايحل بتصفية الشركة ، فقد نصت الفقرة الاولى من المادة ٥٣٦ من هذا التقنين على أن « تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعا ، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم ، وبعد استنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التى لم تحل او الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة » .

واذا اقترض شخص مالا لاجل ، لتمويل مشروع معين ، ثم باع هذا المشروع وهو الضمان الوحيد للقرض ، فان اجل القرض يحل ببيع المشروع (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٩ - ص ١٣٠ - بلانيول وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٤) .

(٣) استئناف مختلط ٦ ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ - دسوق ١١ يوليه سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٢٣٥ - الزقازيق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ - طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢/٢٢٣ ص ٢٥٦ - المنشية ١٢ =

كرهن أو امتياز • ولايهم مصدر هذا التأمين ، فقد يكون نفس العقـــد الذى نشأ منه الدين المؤجل ، بأن يكون رهنا رسميا أو رهن حيـازة أخذه الدائن ضمانا لحقه فى العقد الذى أنشأ هذا الحق • وقد يكون مصدر الرهن عقدا لاحقا لعقد الدين أو لمصدره أيا كان هذا المصدر ، بأن اتفق الدائن مع مدينه بعد ثبوت الدين فى ذمة المدين على رهــن لضمان هذا الدين • وقد يكون مصدر التأمين الخاص القانون ، كحق امتياز يكون ضامنا للدين المؤجل(١) ، كما اذا كان البائع قد أجل الثمــن وله امتياز على المبيع فأضعف المشـــترى هــذا التأمين الخاص (٢) • ولايتصور أن يكون هذا التأمين الخاص هو حق اختصاص مصـدره القضاء ، فان المفروض فيما نحن بصدده أن الدين مؤجل ، والديـن لايمكن أن يضمنه حق اختصاص ، اذ حق الاختصاص لايؤخـذ الا بموجب حكم واجب التنفيذ ، وهذا يفترض حتما أن الدين مستحق الأداء(٣) •

= مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٥٥/١ ص ١٠٨٥ — قسبين الكـوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٩/١ ص ١٠٧٥ — مصر الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٧٩ / ١ ص ٣٤١ .

(١) وذلك فيما عدا حقوق الامتياز العامة فهذه تشـــمل جميع اموال المدين ، فلا يستسـاغ ان يحرم المدين من التصرف فى جميع امواله (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ الاستاذ اسماعيل غانم أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤) .

(٢) وتشترط المادة ٢/١١٨٨ من التقنين المدنى الفـــرنسى أن يكون التأمين الخاص مصدره العقد ، ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء الفرنسيين الى أن اضعاف تأمين خاص مصدره القانون كحق الامتياز يكفى لاسقاط الاجل (ديرانتون ١١ فقرة ١٢٥ — لاورمبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٨٥ — أنظر عكس ذلـك : لوران ١٧ فقــرة ٢٠٢ — هيك ٧ ففقرة ٢٨٨) . ويذهب فقهاء آخرون الى التمييز بين حق امتياز يكون أساسه عقدا كرهن الحيازة وحق امتياز البائع فيكون اضعافه سببا لاسقاط الاجل ، وحق امتياز ليس أساسه العقد فلا يكون فى اضعافه اسقاط للاجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠ ص ٥١٩ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٤) .

(٣) ومن ذلك نرى أنماورد فى المذكرةالايضاحية منالمشروع التمهيدى =

ثم لابد من أن يكون هذا التأمين الخاص قد ضعف الى حد كبير ، ومعنى ذلك أن يكون قد ضعف الى حد أن أصبح أقل من قيمة الدين ، كما ذكر ذلك صراحة فى لجنة المراجعة عند عرض المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد[1] . اما أن يضعف ضعفا يسيرا ، ويبقى بالرغم من ذلك كافيا لضمان الدين كفاية ملحوظة ، فذلك لا يبرر سقوط الاجل[2] .

= (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣١) من أن التأمين الخاص يصح أن يكون حق اختصاص ليس بصحيح . قارن الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤ .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢ - وانظر انفا فقرة ٧١ فى الهامش - فيعد اضعافا للتأمين أن يهدم المنزل المرهون (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ - الاستاذ احمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤ ص ٥٠٥) أو أن يباع المنزل المرهون ويعرض ثمنه للتوزيع (استئناف مختلط ٩ فبراير ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٤) .

(٢) فلا يعد اضعافا للتأمين أن يرتب المدين على العين المرهونة لضمان الدين المؤجل رهنا آخر ، حتى لو قيد الرهن الثانى قبل قيد الرهن الاول باهمال الدائن ذى الدين المؤجل ، لان اهماله لا فعل المدين هو الذى اضعف التأمينات ، ومن حق المدين أن يرهن العين المملوكة له مرة ثانية وثالثة الخ (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٢) . ولكن اذا تواطأ المدين مع الدائن المرتهن الثانى ليعجل هذا قيد رهنه قبل قيد الرهن الاول ، كان هذا اضعافا للتأمينات بفعل المدين ، بل بغشه وتوطئه ، فيسقط الاجل .

ولا يعد اضعافا للتأمين أن يبيع المدين العقار المرهون رهنا رسميا لضمان الدين المؤجل ، سواء باع العقار كله او باع جزءا منه . ومع ذلك فقد يترتب على تجزئة العقار - فى حالة البيع الجزئى - اضعاف فعلى للتامين ، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع ، فيترتب على هذا الاضعاف الفعلى اسقاط الاجل . وقد يترتب على البيع - الكلى أو الجزئى - أن يعمد الحائز للعقار الى تطهير الرهن ، فلا يحصل الدائن المرتهن ذو الدين المؤجل على كل حقه ، فيكون التطهير سببا فى اضعاف التأمين ، ويكون اضعاف التأمين سببا فى اسقاط الاجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥ - والتون ٢ ص ٣٧٠ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٨ ص ٤٩٧ هامش رقم ٢) .

ولا يعد اضعافا للتأمين أن يزرع المدين الارض المرهونة قطنا مرة كل سنتين مخالفا بذلك ما جرت به العادة من زرعها مرة كل ثلاث سنوات ، وبخاصة اذا كانت قيمة الارض تغطى الدين الى مدى بعيد (استئناف مختلط ٢يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٧٧) .

فاذا توافر هذان الشرطان — وجود تأمين خاص واضعاف هـذا التأمين الى حد كبير — يبقى بعد ذلك أن نميز بين فرضين :

١ — فاما أن يكون هذا الاضعاف قد حدث بفعل المدين ، أى بخطأه. ولا يشترط أن يتعمد المدين اضعاف التأمين الخاص ، بل يكفى أن يكون قد قصر فى المحافظة عليه حتى ضعف(١) • وفى هذه الحالة يسقط الاجل ، الا اذا اختار الدائن أن يطالب المدين بتكملة التأمين حتى يبلغ ما كان عليه قبل اضعاف المدين له • ولايكتفى الدائن هنا بالمطالبة بتأمين كاف ، بل يطلب تكملة التأمين الاصلى ، فقد كان هذا التأمين من حقه والمدين هو الذى أضعفه بخطـــأه • وهـــذا الخيـــار مرهـــون بارادة الـــدائن لا بارادة المـــدين ، فاذا اختـــار الدائن تكمـــلة التـــأمين وأكمله المدين بقى الاجل على حاله ولم يسقط ، أما اذا لم يختر تكمـــلة التأمين فان الاجل يسقط ويحل الدين(٢) • ومن ثم يكون التزام المـــدين

---

(١) ويعتبر المدين قد اضعف بخطأه التأمين الخاص اذا هو أدخل فى طريقه استغلال العقار المرهون تعديلا من شأنه أن ينقص كثيرا من قيمـــة العقار ، أو هدم المنزل المرهون الا اذا كان الهدم بغرض اعادة البنـــاء (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥) • واذا كان التامين الخاص رهنا رسميا على جزء شائع من عقار ، وفى أثناء القسمة رسا مزاد العقار كله على الشريك الاخر غير المدين الراهن، فان الرهن فى هذه الحالة يزول ولكن لا يعتبر أنه زال بفعل المدين الا اذا كان المدين هو الذى طلب القسمة ، أو كان عنده سبب جدى ، لمعارضتها ولـــم يتقدم به ، أو كان قد تواطأ مع شريكه ليصل الى هذه النتيجة • أما اذا كان لم يفعل شيئا من ذلك ، فان زوال الرهن لا يكون بفعله ، بل يكون لسبب لادخل لارادته فيه ، وتطبق الاحكام التى تتفق مع هذه الحالة وسنذكرها فيما يلى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦) •

(٢) وتذهب الاغلبية فى الفقه الفرنسى الى ان سقوط الاجـل لا يكـــون الا بموجب حكم قضائى له أثر منشىء ، لا مجرد أثر كاشف ، فهـــو الذى يسقط الاجل ، ولا يسقط الاجل بحكم القانون (ديمولومب ٢٥ فقرة ٧٠١ — لوران ١٧ فقرة ٤١٥ — ماركادية ٤ فقرة ٨٢٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ص ١٢٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقـــرة ١٠١٥ص٣٥٦ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٦) • على أن هناك رأيا يذهب الى أن الاجل يسقط بحكم القانون ، وعند النزاع يصدر حكم قضائى ليقرر سقوطه =

فى هذه الحالة التزاما تخييريا ، الخيار فيه للدائن ، فان الدائن يكـون بالخيار اما أن يطالب المدين بالدين فورا لسقوط الاجل واما أن يطالب بتكملة التأمين(١) • ويلاحظ أن الدين الذى حل بسقوط الاجل فى هـذا الفرض لا ينتقص منه ما يقابل الاجل ، لان سقوط الاجل هنا كان بسبب خطأ المدين(٢) •

٢ — وأما أن يكون اضعاف التامين الخاص يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه • فهو لم يحدث بخطأ منه ، بل حدث بفعل أجنبى أو بقوة قاهرة أو حادث فجائى • فعند ذلك يسقط الاجل أيضا نجزاء على ضعف التأمينات الى هذا الحد الكبير الذى سبقت الاشارة اليه ، الا أن

= وهذا الحكم له أثر كاشف لا أثر منشىء (هيك ٦ فقرة ٢٨٩ــ بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧١٠ ص ٥١٩) • والظاهر من الرجوع الى نص المادة ٢٧٣ مدنى أن القانون يقضى بسقوط الاجل ، فالاجل يسقط اذن بحكم القانون ، والحكم القضائى انما يحسم النزاع فى هذا الصدد ، فهو كاشف لا منشىء •

(١) انظر المادة ٢٧٨ مدنى وسيأتى تفصيلها • وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٢١ • ويقـول الاستاذ اسماعيل غانم : « ولا نرى الاخذ بهذا التفسير ، فان الزام المـدين بالوفاء فى الحال أو بتقديم تأمين لا يعنى أن التزامه قد تعدد محله • فلا زال محل الالتزام واحدا ينحصر فى الاداء الذى التزم به من أول الامر • أما الزامه بتقديم تأمين فهو التزام اخر تابع للالتزام الأول • وليس هناك تعدد فى محل الالتزام الاول ، وانما هما التزامان أحدهما تابع للاخر ، ولا ينشأ الا بالشروط التى نصت عليهـا المـادة ٢٧٣/ ٢ » (أحكام الالتزام فقـرة ١٧٢ ص ٢٤٤ هامش رقم ٣) • وفى رأينا أن القانون ، عندما يسقط الاجل لا باضعاف التأمينات فيحل الدين ، ينشىء فى الوقت ذاته الى جانب محل الالتزام الاصلى محلا اخر يمكن للدائن أن يختاره ، وهو تكملة التأمين الاصلى •

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٣ — ومـع ذلك اذا كـان مبلغ الدين يتضمن رأس المال مضافا اليه فوائده مدة الاجل ، وسقط الاجل باضعـاف المدين للتأمينات ، فان الفوائد عن المدة التى سقطت من الاجل تخصم مـن مبلغ الدين ، حتى لا يجمع الدائن بين الانتفاع بالمدة التى سقطت من الاجل تخصم من مبلغ الدين ، حتى لا يجمع الدائن بين الانتفاع بالمدة التى سقطت وبين الفوائد عـن هذه المدة نفسها (ديمولومب ٢٥ فقـرة ٦٩٧ — لوران ١٧ فقرة ٢١١ — لاورومبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ٢٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٤) •

المدين يستطيع أن يتوقى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن تأمينا كافيا لدينه يعوض عليه ماضعف من التأمينات الأولى(١) • والالتزام هنا تخييرى أيضا ، ولكن الخيار فيه للمدين لا للدائن على عكس الصورة السابقة(٢) • والسبب واضح ، فان ضعف التأمينات لم يكن بخطأ المدين ، فترك الأمر مرهونا بإرادته ، فاما أن يسلم بسقوط الأجل وأما أن يختار تقديم تأمين كاف • والمطلوب من المدين هنا هو تقديم هذا التأمين الكافى ، وليس تكملة التأمين الأصلى كما فى الحالة السابقة • فقد يكون التأمين الأصلى تزيد قيمته كثيرا على الدين ، فلا يطلب من المدين أن يبلغه الحد الذى كان عليه ، بل يكفى أن يبلغه حدا يجعله تأمينا كافيا ولو لم يصل الى حد التأمين الأصلى • وقد كان المشروع التمهيدى يقتضى أن يكمل المدين التأمين الأصلى ، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص واكتفت بأن يقدم المدين « ضمانا كافيا » (٣)• ويلاحظ أن الدين الذى حل بسقوط الأجل ، فى هذه الحالة ، ينتقص منه ما يقابل الأجل ، لان سقوط الأجل لم يكن بخطأ المدين (٤) •

---

(١) استئناف مختلط ١٧ نوفمبر ١٨٩٨ م ١١ ص ١٧ — ويمكن استخلاص هذا الحكم من المبادىء العامة دون حاجة الى نص خاص ، وهذا ما يفعله الفقه الفرنسى ، دون أن يكون التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الجزء الأخير من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى مصرى وهو الذى ينص على حالة ضعف التأمينات بسبب لا دخل لارادة المدين فيه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٩٠ — فقرة ٦٩٣ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥) •

ويصدر حكم قضائى بسقوط الأجل فى هذه الحالة كما فى حالة اضعاف التأمينات بخطأ المدين ، ويكون هذا الحكم منشئا أو كاشفا على الخلاف الذى سبق أن أوردناه •

(٢) قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٢ — وقارن أيضا الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ •

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢ — وانظر آنفا فقرة ٧١ فى الهامش •

(٤) أنظر أيضا المادة ١٨٣ مدنى وقد سبق ذكرها — هذا واذا كان اضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه ، كما اذا كان دائنا مرتهنا رهن حيازة =

وقد طبق التقنين المدنى الجديد هذه الاحكام تطبيقا تشريعيا فى حالة ما اذا كان التأمين الخاص رهنا رسميا أو رهنا حيازيا • ففى حالة الرهن الرسمى نصت المادة ١٠٤٨ مدنى (وتقابلها المادة ٥٦٢/٦٨٦ من التقنين المدنى السابق وهى تشتمل على نفس الحكم) على ما يأتى : « ١ — اذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأمينا كافيا أو أن يستوفى حقه فورا • فاذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفى الدين فورا قبل حلول الأجل [1] • وفى الحالة الأخيرة اذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق الا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين • ٣ — وفى جميع الاحوال اذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب الى القاضى وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر » • وفى حالة رهن الحيازة قضت الفقرة الثانية من المادة ١١٠٢ مدنى بأن تسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٤٨ سالفة الذكر •

٧٤ — سقوط الاجل لعدم تقديم المدين لتأمين وعد به : وهنا يسقط الأجل بخطأ المدين ، اذ يكون قد التزم للدائن بتقديم تأمين خاص لدينه ،

= واتلف العين المرهونة ، فغنى عن البيان أن الاجل لا يسقط لان الدائن هو المسئول عن اضعاف التأمينات ، بل ويجوز للمدين أن يرجع عليه بتعويض اذا كان له محل .

(١) ويلاحظ ان المشرع هنا لم يميز بين حالتى اضعاف المدين للتأمينات وضعف التأمينات لسبب أجنبى من حيث التأمين الذى يجب تقديمه ، ففى الحالتين يقدم المدين تأمينا كافيا . وقد رأينا فى القاعدة العامة أن المدين فى الحالة الاولى يطالب بتكملة التأمين الاصلى ولو كانت قيمة هذا التأمين أعلى بكثير من الدين ، وفى الحالة الثانية لايطالب الا بتقديم تأمين كاف .

ثم أخل بهذا الالتزام ولم يقدم التأمين الموعود به (١) • فيسقط الاجل فى هذه الحالة دون أن ينتقص من الدين شىء فى مقابله سقوط الاجل ، لان الاجل ، كما قدمنا قد سقط بخطأ المدين • ويستطيع الدائن ، بعد سقوط الاجل وحلول الدين واستصدار حكم واجب التنفيذ به ، أن يحصل بموجب هذا الحكم على حق اختصاص على عقارات المدين ، يحل محل التأمين الخاص الذى كان المدين قد وعده به دون أن يفى بوعده •

ويلاحظ أن الدائن ذا الحق المؤجل ، حتى لو لم يكن له تأمين خاص أصابه ضعف ، وحتى لو لم يكن موعودا بتأمين خاص لم يقدم ، له أن يطالب المدين بتأمين خاص اذا خشى افلاسه أو اعساره واستند فى ذلك الى سبب معقول (م ٢٧٤ / ٢ مدنى) • فاذا لم يقدم المدين التأمين الخاص الذى يوجبه القانون ، كان هذا سببا فى سقوط الاجل ، قياسا

---

(١) وفى التقنين المدنى السابق لم يكن يوجد نص فى هذه الحالة ، ولكن الحكم كان مطبقا دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة (استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٨ — مصر الكلية الوطنية ٢ نوفمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ ص ٢٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٨ ص ٤٠٧ — الاستاذ احمد حشمت ابو ستيت فقرة ٦٧٤ ص ٥٠٥) .

وفى التقنين المدنى الفرنسى لا يوجد نص صريح فى هذه الحالة ، ولكن الفقه والقضاء فى فرنسا يذهبان مع ذلك الى أن عدم تقديم التأمين الخاص الموعود به يسقط الاجل ، قياسا على حالة اضعاف التأمين الخاص • ذلك أن من لم يقدم تأمينا خاصا وعدبة لايكون فحسب قد أضعف التأمين ، بل هو أعدمه أصلا ، فمن باب أولى يسقط الاجل (ديرانتون ١١ فقرة ١٢٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٩ — لارومبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٧٧ — لوران — ٢٨ فقرة ٢٠٤ — هيك ٧ فقرة ٢٨٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠١٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٦ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧١٠) . واذا وعد المدين بتقديم تأمين معين — رهن مثلا — فلا يستطيع بارادته وحده أن يحل محله تأمينا آخر ولو كان كافيا أو معادلا ككفالة . واذا وعد بتقديم شخص معين كفيلا فلا يستطيع كذلك أن يقدم شخصا آخر ولو كان مليئا مثله (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٧٨ — لارومبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠١٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥١١ — جولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٤ ص ٤٥٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٥) .

على حالة التأمين الموعود به والذى لم يقدم ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (١) • فالالتزام بتقديم تأمين خاص قد يكون مصدره الاتفاق او القانون ، ويكون مصدره القانون فى الحالة التى نحن بصددها • وأيا كان مصدره ، فان الاخلال به يكون سببا فى سقوط الاجل(٢) •

٧٥ — سقوط الاجل لاسباب أخرى : تقدمنا أن موت المدين(٣) وقد يكون سببا لسقوط الاجل • وقد ورد نص صريح فى كل من التقنين المدنى العراقى (م ٢٩٦) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ١١٤) والتقنين المدنى الكويتى (م ٣٣٣) والتقنين المدنى الاردنى (م ٤٠٦) يقضى بأن الدين يحل بموت المدين الا اذا كان مضمونا بتأمينات عينية • اما فى التقنين المدنى المصرى فالاصل أن الدين لا يحل بموت المدين ، بل يبقى الدين مؤجلا فى التركة • ومع ذلك اذا عين للتركة مصف (أنظر المادة٨٧٦مدنى ومابعدها) فانه يجوز للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن ، مراعية فى ذلك اعلان الدائن بسقوط الاجل — بشرط أن يكون قد انقضى منه ستة أشهر على الاقل — واداء الفوائد المستحقة عن ستة الاشهر التالية للاعلان ، هذا اذا كان فى الاجل مصلحة للدائن (٨٩٤ و م ٥٤٤ مدنى) • أما اذا لم تجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، فان الدين يبقى مؤجلا على حاله ، وتتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة على الورثة ، بحيث يختص كل وارث من جملة

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٥ •

(٢) أنظر فى أسباب سقوط الاجل الثلاثة السالفة الذكر ، شهر الافلاس أو الاعسار واضعاف التأمينات أو ضعفها وعدم تقديم التأمين الموعود به ، المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ — ص ٣٢ •

(٣) أما موت الدائن فلا يكون سببا لحلول الدين ، بل يبقى المدين ملتزما نحو ورثة دائنه ، وينتقل الدين الى هؤلاء بالميراث مؤجلا كما كان فى حياة الدائن المورث .

ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الارث[١] .

ويسقط الاجل أيضا بموجب نصوص قانونية فى حالات خاصة ، كما فى التطهير (أنظر المادة ١٠٦٤ مدنى وما بعدها) .

وسنرى أنه اذا كان الاجل قضائيا — نظرة الميسرة — فانه يسقط لاسباب أخرى فوق التى قدمناها ، فيسقط بالمقاصة القانونية ، ويسقط كذلك باقتدار المدين على الوفاء بدينه ، ويسقط أخيرا اذا نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على أموال المدين . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى نظرة الميسرة[٢] .

وهناك حالة هى عكس الحالة التى يسقط فيها الأجل ، اذ فيها يحل الأجل فعلا ولكن لا يعتبر مع ذلك أنه قد حل لأن حلوله انما حدث بطريق الغش من الدائن[٣] . ويقع ذلك فى التأمين على الحياة اذا انتحر

---

(١) انظر المادة ٨٩٥ فقرة أولى مدنى . وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة ما يأتى : « وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فان استحال تحقيق ذلك ، ولو باضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » .

(٢) هذا ويجوز للدائن أن ينزل عن حقه فى التمسك بسقوط الاجل ، ويعتبر نزولا ضمنيا أن يكون سبب ضعف التأمينات متوقعا قبل حصوله . فالدائن الذى يرتهن نصيبا شائعا ، ويتوقع تبعا للظروف والملابسات طلب القسمة من احد الشركاء غير المدين وما ينطوى عليه هذا الطلب من احتمال زوال الرهن ، يكون قد نزل نزولا ضمنيا عن حقه فى التمسك بسقوط الاجل اذا تحقق هذا الاحتمال (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٣ ص ٣٥٠ وفقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦ — استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٢ ص ٢٥) .

وانظر فى أن سقوط الاجل بالنسبة الى المدين الاصلى لا يترتب عليه سقوطه بالنسبة الى مدين متضامن ولا الى كفيل شخصى ولو كان متضامنا ولا الى كفيل عينى ، ولكن يسقط الاجل بالنسبة الى حائز العقار المرهون : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠١٣ وفقرة ١٠١٧ وفقرة ١٠٣٩ — فقرة ١٠٤٠ — طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماه ٥ رقم ٢٢٣ ص ٢٥٦ .

(٣) ويقابل ذلك اعتبار الشرط قد تخلف اذا عمل الدائن على تحقيقه غشا . ولكن يلاحظ أن الاجل يعتبر انه قد تخلف على سبيل التجوز ، فان =

الشخص المؤمن على حياته ، فان الدائن فى هذه الحالة يتعجل حلول الأجل بانتحاره عمدا ، فلا يعتبر الأجل قد حل ، وتبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين • وقد ورد فى هذا الحكم نص صريح فى التقنين المدنى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٦ على أن « تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين اذا انتحر الشخص المؤمن على حياته » • كذلك اذا كان الدائن بمبلغ التأمين هو شخص غير المؤمن على حياته ، فانه لا يستحق مبلغ التأمين اذا تسبب عمدا فى موت المؤمن على حياته ، لأنه يكون قد تعجل غشا حلول الأجل ، فيعتبر الأجل غير حال بالرغم من حلوله فعلا • ويستوى فى ذلك أن يكون التأمين على حياة شخص غير المؤمن له أو يكون لصالح شخص غير المؤمن له • وتنص المادة ٧٥٧ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ ـ اذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له ، برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمدا فى وفاة ذلك الشخص ، أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه • ٢ ـ واذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له ، فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين اذا تسبب عمدا فى وفاة الشخص المؤمن على حياته ، أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه • فاذا كان ما وقع من هذا الشخص مجرد شروع فى احداث الوفاة ، كان للمؤمن له الحق فى أن يستبدل بالمستفيد شخصا آخر ولو كان المستفيد قد قبل ما اشترط لمصلحته من تأمين » •

٧٦ ـ حلول الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه : وقد يحل الأجل قبل انقضائه ، لا بسقوطه فى الأحوال التى تقدم ذكرها ، بل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه ، المدين أو الدائن •

لذلك ينبغى ، لمعرفة ما اذا كان النزول عن الأجل صحيحا ، أن نتبين من له مصلحة فيه من الطرفين ، هل هو المدين أو هو الدائن ، وأيهما

= الاصل فى الاجل ان يكون محقق الوقوع ، فاعتباره متخلفا فى حالة خاصة لا يبرره الا غش الدائن .

كانت له المصلحة يجوز له النزول عن الأجل لأنه انما ينزل عن مصلحة لـــــه(١) .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذه المسألة هــو نص المادة ٣٩٧ ، وكانت تجرى على الوجــه الآتى : « ١ ــ يفترض فى الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين ، الا اذا تبين من العقــد أو من نص فى القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معا. ٢ ــ اذا تمحض الأجل لمصلحة أحد الطرفين ، جاز لهذا الطرف أن يتنازل عنه بارادته المنفردة »(٢) . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعـــة

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٠ ــ ٢ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٥ ــ ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٣ (جواز التمسك بالمقاصة بين دين مؤجل سقط الاجل بالنزول عنه ودين حال) .

أما الاجل الفاسخ فالاصل فيه انه لمصلحة الدائن ، ولذلك يجوز لـــه وحده ان ينزل عنه بارادته المنفردة . على أن الاجل الفاسخ قد يكون لمصلحة الطرفين كما فى الايجار (اذا سلمنا بالاجل الفاسخ فى العقود الزمنية) ، فلا يجوز النزول عنه أو عن بعضه الا باتفاق الطرفين . وقد يكون العقد غير لازم ــ كالوكالة ــ فيجوز للموكل أن يعزل الوكيل قبل انتهاء الاجل ، كمــا يجــوز للوكيل ان ينزل عن الوكالة قبل انتهاء الاجل كذلك ، على أن الوكالة اذا كانت بأجر فان الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ؛ واذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى فلا يجوز للموكل ان ينهى الوكالةاو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه (الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٧١ ص ٢٤٠ ص ٢٤١) .

(٢) ويقابل هذا النص المادة ١٠١/١٥٥ من التقنين المدنى الســـابق ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « اذا كان للتعهد أجل ، جــــاز للمتعهـد الوفاء قبل حلوله الا اذا كان العقد يمنع ذلك » . وبالرغم من غموض هــذا النص ، فانه كان يفسر بالمعنى الواضح الذى أتى به التقنين المدنى الجديد.

ويقابل النص فى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٩٤ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٣١ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٠٦ وهى مطـــابقة لنص التقنين المدنى المصرى .

ويقابل فى تقنين الموجبـات والعقود اللبنانى النصوص الاتية : م ١٠٩ ان الاجل المؤجل موضوع لمصلحة المـــديون ، الا اذا اســـتنتج العكس من الاحوال أو من نص العقد أو ماهيته أو القانون .

م ١١٠ ــ اذا كان الاجل موضوعا لمصلحة الدائن أو لمصلحة الفريقين المشتركة ، فهو يمنع المديون من التنفيذ الاختيارى للموجب .

« لأن حكمها مستفاد من تطبيق المبادىء العامة » (١) : من أجل ذلك يكون هذا الحكم واجب التطبيق بالرغم من حذف النص . وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى شرح واف لهذا الحكم نقتصر على ايراده فيما يلى : « قد يضرب الأجل لمصلحة المدين وحده ، كما هو الشأن فى عارية الاستهلاك بغير فائدة وعارية الاستعمال ، أو لمصلحة الدائن وحده ، كما هى الحال فى الوديعة(٢) . أو لمصلحة الدائن والمدين معا ، كما يقع ذلك فى القرض بفائدة . ويفترض عند الشك أن الأجل مضروب لمصلحة المدين وحده(٣) . ومع ذلك فقد يستفاد من العقد كما

= م ١١٢ ـ ان الفريق الذى يستفيد وحده من الاجل يمكنه ان يتنازل عنه بمجرد مشيئته .

م ١/٣٠٣ ـ لا يجوز اجبار الدائن على قبول الايفاء قبل الاجل ، الا اذا كان موضوعا لمصلحة المديون وحده .

(وهذه الاحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠ فى الهامش .

(٢) ومع ذلك فان المادة ٧٢٢ مدنى تنص على أنه « يجب على المودع عنده أن يسلم الشىء الى المودع بمجرد طلبه الا اذا ظهر من العقد أن الاجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع أن يتسلم الشىء فى اى وقت الا اذا ظهر من العقد ان الاجل عين لمصلحة المودع » (انظر الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧١ ص ٢٤٢ هامش رقم ٢ ـ وانظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فى احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٢) .

(٣) حتى لو كان الدين تجاريا ، وان كانت الديون التجارية يستخلص فيها بسهولة أن الاجل لمصلحة الطرفين معا (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٢ ـ فقرة ٩٨٣ ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٣ ـ وانظر عكس ذلك وأن الاجل فى الديون التجارية مفروض فيه أنه لمصلحة الطرفين معا : توليبيه ٦ فقرة ٦٧٩ ـ لارومبيير ٣ م ١١٨٧ فقرة ٤) . وقد نصت المادة ١٤٥ من التقنين التجارى على أنه « لا يجبر حامل كمبيالة على استلام قيمتها قبل الاستحقاق » . وانظر نفس القاعدة ، فى السندات تحت الاذن والسندات لحاملها ، فى المادة ١٨٩ من التقنين التجارى وهى تحيل على القواعد المطبقة فى الكمبيالات . ففى الكمبيالات والسندات ، دون غيرها من المسائل التجارية ، يفرض القانون أن الاجل مشترط لمصلحة الطرفين .

واذا أصدرت شركة أو شخص معنوى عام (الدولة أو احدى البلديات مثلا) سندات وذكرت أنها تستهلك بطريق القرعة فى مواعيد معينة ، لم =

يقع ذلك في القرض بفائدة[1] ، أو من نص القانون كما هو الشأن في حق الانتفاع والايراد المرتب مدى الحياة ، أو من الظروف كما هي الحال في ودائع المصارف ، ان الأجل قد ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الدائن والمدين معا . فاذا كان الأجل مضروبا لمصلحة الدائن والمدين معا ، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتنازل عنه ، بل يشترط لذلك تراضيهما . أما اذا كان الأجل على نقيض ذلك مضروبا لمصلحة أحد الطرفين ، فلمن شرط الأجل لمصلحته ، دائنا كان أو مدينا ، أن ينزل عنه بارادته المنفردة . وتفريعا على هذه القواعد لا تجوز الاقالة من الاجارة (وهي لمصلحة الطرفين) قبل انتهاء الأجل الا بتراضي المؤجر والمستأجر ، ويجوز للمستعير في عارية الاستعمال (وهي لمصلحة المستعير وحده) أن يرد الشيء قبل الأجل المحدد ، ويجوز للمودع (والوديعة لمصلحته وحده) أن يطالب برد ما استودع قبل انقضاء أجل الايداع » [2] .

على أن التقنين المدني – استثناء من الأحكام المتقدم ذكرها – وضع قاعدة في القرض بفائدة أجاز فيها للمدين ، دون رضاء الدائن ، أن ينزل

= يستطيع من اصدر هذه السندات ان يستهلكها قبل المواعيد المحددة وبطريقة القرعة المعينة الا اذا كان الأجل لمصلحته وحده لا لمصلحة الطرفين ، ومعرفة ما اذا كان الاجل في هذه الحالة لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الطرفين مسألة واقع يستخلصها قاضي الموضوع من الظروف دون رقابة عليه من محكمة النقض (انظر في هذه المسألة بودري وبار ٢ فقرة ٩٨٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٢ ص ٣٤١ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٣٠٣ ص ٥١٣ هامش رقم ١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩٩ – جسران ٢ فقرة ٧٢٥ ص ٣٩٧) .

(١) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ٩٧٤ ص ١٥١ هامش رقم ٢ – وقد يكون القرض بفائدة بين شخصين تربطهما علاقة وثيقة واراد المقرض تقديم خدمة للمقترض ، عند ذلك يستطيع قاضي الموضوع أن يستخلص ان الاجل ، وان كان القرض بفائدة ، لمصلحة المدين وحده ، فيستطيع هذا أن ينزل عنه. كذلك ليس كل دين بفائدة يكون الاجل فيه حتما لمصلحة الطرفين ، فالمشتري بثمن مؤجل وبفائدة قد يكون الاجل لمصلحته وحده ، فله في هذه الحالة ان ينزل عن الاجل وان يعجل الثمن فلا يدفع الفائدة عن المدة الباقية من الاجل (بودري وبارد ٢ فقرة ٩٨١ والهامش رقم ٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠ هامش رقم ١ .

عن الأجل بشروط معينة ، مع أن الأجل مقرر لمصلحة كل من المدين والدائن ، فكان الواجب ألا يجوز للمدين وحده أن ينزل عنه بغير رضاء الدائن ، وذلك امعانا من المشروع فى كراهية الربا . وقد وضع القانون لحق المدين فى النزول عن الأجل دون رضاء الدائن شروطا فيها بعض التعويض على الدائن : ١ ـ أن يكون قد انقضى على القرض ستة أشهر على الأقل يتقاضى فيها الدائن الفوائد المستحقة ٢ ـ أن يعلن المدين الدائن برغبته فى اسقاط الأجل ورد ما اقترضه . ٣ ـ أن يتم الرد فعلا فى أجل لايجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الاعلان . ٤ ـ أن يؤدى الدائن للمدين فوائد ستة الأشهر التالية للاعلان[1] . وهذا ما تنص عليه المادة ٥٤٤ مدنى فى هذا الصدد : « اذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين ، اذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته فى الغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الاعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للاعلان . ولا يجوز بوجه من الوجوه الزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولايجوز الاتفاق على اسقاط حق المقترض فى الرد أو الحد منه »[2] .

---

(١) وفى فرنسا صدر تشريع استثنائى (قانون ١٦ يوليه سنة ١٩٣٥ واكمل بمرسوم بقانون فى ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٣٥) لا يطبق الا على الديون المدنية والتجارية السابقة على نفاذه ، ويقضى بجواز تعجيل دفع الدين قبل الاجل ولو كان ينتج فوائد ، دون حاجة الى رضاء الدائن . واشترط هذا التشريع شروطا تتعلق بوجوب اخطار الدائن بالدفع المعجل وانقضاء اربعة اسابيع على الاقل بعد الاخطار الا اذا كان العقد الاصلى ينص على مدة اطول . ويجوز أن يكون الوفاء المعجل جزئيا بشرط الا يقل عن ربع الدين . وقد قصد التشريع أن يهيىء السبيل لمن استدان بفائدة مرتفعة ـ اثناء ازمة اقتصادية ـ أن يفى بالدين قبل حلول اجله ، ولو عن طريق اقتراض ما يفى به الدين بفائدة اقل (انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٧ مكررة ـ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٠٥١ ـ فقرة ١٠٥٣ ـ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٥) .

(٢) انظر فى هذا المعنى المادة ٥١٢ من التقنين المدنى السورى (وهى مطابقة) والمادة ٥٤٣ من التقنين المدنى الليبى (وهى مطابقة) والمادة ٧٦٢ =

٢ — ما يترتب من الأثر على حلول الأجل

٧٧ — **الاجل الواقف** : اذا حل الأجل الواقف ، بانقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عنه على النحو الذى بيناه ، أصبح الحق نافذا ، ووجب على المدين القيام بتنفيذه بعد أن يعذره الدائن(١) ، لأن حلول

= من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ونصها ماياتى : لايجوز اجبار المقترض على رد ما يجب عليه قبل حلول الاجل المعين بمقتضى العقد او العرف ، وانما يجوز له أن يرده قبل الاجل ما لم يكن هذا الرد مضرا بمصلحة المقترض.

هذا ويلاحظ أن الاجل اذا كان لمصلحة المدين ، وكان المدين معسرا اعسارا فعليا (والا فان الاعسار القانونى يسقط الاجل) ، لم يجز له أن ينزل عن الاجل ، واذا وفى الدائن قبل حلول الاجل فان هذا الوفاء لا يسرى فى حق باقى الدائنين . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ صراحة على هذا الحكم فقالت : « واذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الاجل الذى عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين » .

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥ ص ١١ — الاسكندرية الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ ص ٤٦ — مصر الوطنية ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨ ص ١٣٨ — وذلك مالم يشترط حلول الاجل بمجرد انقضائه دون حاجة الى اعذار (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠) .

ولا يكفى اعذار المدين لحلول الاجل اذا كان وقت الاعذار قد حول الدائن حقه الى آخر ، فلم يعرف المدين على وجه التحقيق من هو الدائن الذى يجب الوفاء له (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٩) .

واذا اشترط الدائن انه عند حلول اجل قسط من الدين دون أن يدفع تحل باقى الاقساط دون حاجة الى اعذار ، عمل بهذا الشرط وحلت باقى الاقساط بمجرد تأخر المدين عن دفع قسط فى ميعاده ، ولايمنع من ذلك أن تضاف عبارة « على حسب اختيار الدائن » ، فان هذه العبارة لاتعنى الا أن الدائن له أن ينزل عن التمسك بهذا الشرط وله أن يتمسك به (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٤٠١ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٥ رقم ٢٠٢ ص ١٢٤ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٩٣ — المحلة ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٩٥) . ولكن ليس للدائن أن يتمسك بتأخر المدين فى دفع قسط مدة قليلة ، اذا ثبت أن المدين دفع الاقساط السابقة فى مواعيدها ، وأن الدائن كان يتساهل فى استيفاء بعض هذه الاقساط متأخرة مدة قليلة (استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥١) . كذلك اذا بدا تساهل من الدائن ، فتعود المدين ان يؤخر دفع القسط دون ان يطالبه الدائن بدفع باقى الاقساط ، فليس للدائن أن يباغت =

الأجل وحده لايكفى لأعذار المدين كما سبق القول[1] .

ويترتب على أن حق الدائن يصبح نافذا بحلول الأجل عكس النتائج التى رتبناها على عدم نفاذ الحق قبل حلول الأجل . فيجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين ، ويقبل من المدين الوفاء الاختيارى فلا يسترد ما دفعه لأنه دفع دينا مستحق الأداء ، وتقع المقاصة القانونية بينه وبين دين آخر مقابل له مستحق الأداء ، ويجوز للدائن أن يحجز بموجبه تحت يد مدين المدين كما يجوز له توقيع الحجوز التحفظية الأخرى ، وله أن يستعمل الدعوى البوليصية . ويسرى فى حق الدين الذى حل أجله التقادم المسقط ، وللدائن أن يحبس به دينا فى ذمته للمدين[2] .

= المدين بمطالبته بدفع باقى الاقساط اذا جرى المدين على عادته فى التأخر عن دفع قسط منها (استئناف أهلى ١٧ ابريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ٢٣٩ — كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٠ ص ١١ — استئناف مختلط ٣ ابريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢) . بل يجب فى هذه الحالة قبل أن يعتبر الدائن ان بقية الاقساط قد حلت ان يعذر المدين انه معتزم العودة الى التمسك بشرطه بكل دقة فلا يسمح للمدين باى تأخر فى مواعيد دفع الاقساط (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) وفى حالة نزول الدائن عن بعض الدين اذا دفع المدين الاقساط الباقية فى مواعيدها ، المدين هو المكلف باثبات انه قام بالشرط حتى ينفذ تنازل الدائن ، وليس على الدائن ان يعذر المدين (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٥٩) .

(١) الوسيط جزء ثان فقرة ٤٦٤ .

(٢) واذا حل الاجل فليس الدائن ملزما ان يطالب المدين بالدين فورا ، بل يستطيع ان يتربص فيطالب المدين فى اى وقت يختاره ، مع مراعاة ان التقادم يسرى فى حق الدين من وقت حلول الاجل ، فاذا تمت مدة التقادم لم يعد الدائن يستطيع المطالبة بالدين . واذا كان للدين كفيل وحل اجل الدين ولم يطالب به الدائن فورا ، فليس للكفيل ان يتضرر من ذلك ، لكن له ان ينذر الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة اشهر من هذا الانذار ، والا برئت ذمة الكفيل مالم يقدم المدين له ضمانا كافيا . وقد نصت المادة ٧٨٥ مدنى على هذه الاحكام صراحة فقالت : « ١ — لاتبرأ ذمة الكفيل لمجرد ان الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات او لمجرد انه لم يتخذها . ٢ — على ان ذمة الكفيل تبرأ اذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة اشهر من انذار الكفيل للدائن ، مالم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا » . انظر فى الفقه الفرنسى =

وليس لحلول الأجل الواقف أثر رجعي كما هــو الأمــر في تحقق الشرط الواقف • فلا يعتبر الحق نافذا من وقت الاتفاق ، بل من وقت حلول الأجل • وهذا مستفاد من آن الأجل أمر محقق الوقوع ، ويتفق في الوقت ذاته مع نية الطرفين[1] •

٧٨ ــ الاجــل الفاســخ : وهنا أيضا نتجوز فنعتبر أن العقــود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ•فاذا حل الأجل ، بانقضائه أو بسقوطه [2] أو بالنزول عنه ، فان الحق ينقضى من تلقاء نفسه بحلول الأجــل دون حاجة الى حكم يصدر بذلك[3] • ويجوز للطرفين مد الأجل غير مــرة ، ولكن المد يكون باتفاق جديد[4] •

ويترتب على أن الحق يزول بحلول الأجل أن جميع التصرفات التى

= ديمولومب ٢٥فقرة ٦٥٠ ــ لوران ١٧ فقرة ١٩٣ ــ اوبرى ورو٤فقرة٣٠٢ ـــ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٠ ــ ويلاحظ ان المادة ٢٠٣٩ من التقنين المدنى الفرنسي تقضى بأن للدائن ان يتفق مع المدين على مد اجل الدين دون أن تبرأ ذمة الكفيل بذلك ؛ ولكن يجوز للكفيل فى هذه الحالة أن يقاضى المدين لاجباره على الوفـــاء •

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩ •

(٢) ويمكن تصور سقوط الاجل الفاسخ ، اذا تجوزنا وسلمنا بهــذا الاجل فى العقود الزمنية ، فى بعض الحالات الخاصة ، نذكر منها على سبيل المثال : (أ) اذا مات المستأجر ، فانه يجوز لورثته ان يطلبوا انهاء العقد اذا أثبتوا انه بسبب موت مورثهم اصبحت اعبــاء العقد أثقــل من ان تتحملها مواردهم او اصبح الايجار مجاوزا حــدود حاجتهم (م ٦٠١ / ٢ مــدنى) . (ب) اذا لم يعقد الايجار الا بسبب حرفة المستأجر او لاعتبارات اخرى تتعلق بشخصه ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر ان يطلبوا انهــاء العقــد (م ٦٠٢ مدنى) . وانظر ايضا فى الايجار المواد ٦٠٣ و ٦٠٤ و ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٦٠٩ • (جـ) يجوز للمعير ان يطلب فى أى وقت انهاء العارية فى الاحوال الاتيـــة : ١ ــ اذا عرضت له حاجة عاجلة للشىء لم تكن متوقعة • ٢ ــ اذا اســاء المستعير استعمال الشىء او قصر فى الاحتيــاط الواجب للمحافظة عليه • ٣ ــ اذا اعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ مدنى) • ٤ ــ تنتهى العارية بموت المستعير مالم يوجــد اتفاق يقضى بغير ذلك (م م ٦٤٥ مدنى) •

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٦٩ ــ لوران ١٧ فقرة ١٧٩ ــ هيك ٧ فقرة ٢٨٢ ــ بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣ •

(٤) هيك ٧ فقرة ٢٨٢ ــ بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣ •

أجراها صاحب الحق تزول بزواله ، فالايجار من الباطن والتنــازل عن الايجار مثلا يزولان بزوال الايجار الأصلى • ويزول الحق بحلول الأجل حتى لو كان قد انتقل من الدائن الى خلف عام أو الى خلف خاص •

ويكون انقضــاء الحق بحلول الأجــل دون أثر رجعى ، بخــلاف ما قررناه فى تحقق الشرط الفاسخ : فيعتبر الحق قد انقضى من وقت حلول الأجل لا من وقت الاتفاق ، وبذلك يتميز الحق المقترن بأجل فاسخ عن الحق المعلق على شرط فاسخ ، فالحق الأول يعتد بوجوده قبل حلول الأجل ، أما الحق الآخر فيعتبر قد زال منذ البداية وكأنه لم يكن • وقــد أشارت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ مدنى صراحة الى انعدام الأثــر الرجعى لحلول الأجل الفاسخ ، فنصت على أنه « يترتب على انقضــاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى »[١] •

٧٩ — مقارنة بين الشرط والأجل : بعد أن بسطنا أحكام كل من الشرط والأجل ، نعقد مقارنة موجزة بينهما • فهناك موافقات : كمــا أن هناك مفارقات •

أما الموافقات الجوهرية فتتلخص فى أمرين :

١ — أن كلا من الشرط والأجل أمر مستقبل •

٢ — وأن كلا منهما ينقسم الى واقف وفاسخ : هذا مع التجــوز المعهود فى الأجل الفاسخ فيما يتعلق بالعقود الزمنية •

وأما المفارقات الجوهرية فتتلخص فى الأمور الآتية :

١ — الشرط أمر غــير محقق الوقوع ، أما الأجــل فأمــر محقق الوقـــــوع[٢] •

---

(١) انظر فى كل ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤ — ص ٣٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادتين ٢٦٥ ، ١/٢٧١ من القانون المدنى ، انه وإن كان كل من الشرط والاجل وصفا يلحق الالتزام ، فانهما يختلفان فى قوامهما اختلافا ينعكس اثره على الالتزام الموصوف ، فبينما لايكون الالتزام المعلق على شرط محققا فى قيامه أو زواله ، اذا بالالتزام المضاف الى =

٢ ـ الحق المعلق على شرط واقف حق موجود ولكنه ناقص ، أما الحق المقترن بأجل واقف فحق موجود كامل الوجود .

٣ ـ الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال .

٤ ـ لتحقق الشرط ، كقاعدة عامة ، أثر رجعي ، أما حلول الأجل فليس به هذا الأثر .

وترد كل هذه الفروق الى فكرة واحدة ، هي أن الشرط أمر غير محقق الوقوع : ومن ثم فالحق المعلق على شرط واقف حق ناقص ، والحق المعلق على شرط فاسخ حق على خطر الزوال . ولتحقق الشرط أثر رجعي تأولا لنية الطرفين أمام أمر غير محقق الوقوع . والأجل أمر محقق الوقوع . ومن ثم فالحق المقترن بأجل واقف حق كامل الوجود ، والحق المقترن بأجل فاسخ حق مؤكد الزوال ، وليس لحلول الأجل أثر رجعي اذ لا محل لتأول نية الطرفين على هذا الوجه أمام أمر محقق الوقوع .

= أجل يكون محققا فى وجوده مؤجل النفاذ ومؤجل الانقضاء . ولما كان مفاد البند الخامس من عقدى الايجار ينص على ان مدة العقد سنة واحدة تبدأ من تاريخ صدور الترخيص ، فان عقدى الايجار يكون نفاذهما معلق على شرط موقف غير محقق الوقوع هو الحصول على الترخيص الادارى اللازم لمباشرة المهنة أو الصناعة ، باعتباره مرتهنا بارادة احد طرفى الالتزام وانما متصل ايضا بعامل خارجى هو ارادة الجهة الادارية المختصة باصدار الترخيص : نقض مدنى فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ .

الباب الثانى

تعدد محل الالتزام

٨٠ ـ الالتزام متعدد المحل والالتزام التخييرى والالتزام البدلى : قد يتعدد محل الالتزام ، فيكون هذا التعدد وصفا (Modalité) فى الالتزام (١) • والالتزام الموصوف على هذا النحو أنواع ثلاثة : ١ ـ التزام متعدد المحل (obligation conjointe) ٢ ـ والتزام تخييرى (obligation alternative) ٣ ـ والتزام بدلى (obligation facultative) (٢) •

---

(١) اما اذا كان المدين ملزما بأداءات (prestations) متعددة ، كل منها متميز عن الآخر ، كان هناك التزامات متعددة ، وليس محالا متعددة لالتزام واحد ، حتى لو كان لهذه الالتزامات المتعددة مصدر واحد ، وذلك كعقد البيع ينشىء فى جانب البائع التزامات متعددة ، منها التزام بنقل الملكية ، ومنها التزام بالتسليم ، ومنها التزام بضمان الاستحقاق ، ومنها التزام بضمان العيوب الخفية (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٨) •

(٢) وقد يتعدد المحل ومع ذلك يتكون من جميع المحال وحدة مقصودة ، كبيع مجموعة من الصور وغرفة للطعام أو للنوم أو للاستقبال ونحو ذلك ، فهنا يكون الالتزام ذا محل واحد لا يتجزأ • وكذلك قد يكون محل الالتزام واحدا ولكن تتفرق أجزاؤه ، كبيع كتاب من أجزاء متعددة ، ويكون الالتزام هنا من باب أولى ذا محل واحد لا يتجزأ • ويلاحظ ان عدم تجزئة المحل فى الصورتين المتقدمتين ليس هو عدم التجزئة الذى سنبحثه فى تعدد أطراف الالتزام ، فان عدم تجزئة المحل لا يكون وصفا فى الالتزام يقتضى احكاما خاصة به الا اذا تعددت أطراف الالتزام من مدين أو دائن ، اما عدم تجزئة المحال المتعددة مع بقاء كل من المدين والدائن واحدا لا يتعدد فليس الا تعبيرا آخر للقول بأن الوفاء الجزئى لا يجوز ، وهذا أيضا صحيح حتى لو كان محل الالتزام شيئا واحدا ، تفرقت أجزاؤه أو لم تتفرق (انظر فى هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٢) •

ويقول أوبرى ورو : اذا التزمت باعطاء حصانى وبقرتى فالالتزام متعدد المحل ، ويكون الالتزام بسيطا اذا التزمت باعطاء المواشى التى أملكها =

فالالتزام متعدد المحل هو التزام واحد ولكنه ذو محـــل متعدد ، كالمتقايض يلتزم باعطاء المتقايض معه أرضـــا ومعدلا (soulte) للمقايضة هو مبلغ من النقود فى مقابل أن يعطيه المتقايض الآخر دارا • فهنا يلتزم المتقايض الأول باعطاء المتقايض معه أرضا ومبلغا من النقود ، فالتزامه واحد مصدره عقد المقايضة ، وهو فى الوقت ذاته متعدد المحـــل لأن المدين ملتزم أن يعطى شيئين لا شـــيئا واحـــدا : الأرض ومبلغ النقود • وليس لهذا النوع من الوصف أثر كبير فى الالتزام ، ولا توجد فروق هامة ما بين الالتزام متعدد المحل والالتزام ذى المحل الواحد • ففى الالتزامين يجب على المدين أن يؤدى للدائن محل الالتزام كاملا اذا كان واحـــدا ، أو جميع محـــال الالتزام اذا كانت متعـــددة ، ولا تقبل التجزئة فى الوفاء (paiement partiel) ، فلا تجوز تأدية جزء من المحل الواحد أو محل من المحال المتعددة دون رضاء الدائن • والهلاك الجزئى ــ بأن يهلك جزء من المحل الواحد أو من المحال المتعددة ــ حكمه واحد فى الالتزامين ، وينقسم فى كل منهما الثمن أو المقابل أيا كان على الجزء الهالك والجزء الباقى وفقا لأحكام الهلاك الجزئى • ويجوز فسخ العقد فى الحالتين اذا بقى جزء من المحل الواحد أو من المحال المتعددة دون وفاء[1] • على أن الالتزام ذا المحل الواحد يكون عقارا أو منقـــــولا تبعا لطبيعة هذا المحل ، ففى المثل المتقدم يكون التزام المتقايض الآخر ــ وقد التزم باعطاء دار ــ عقارا • أما الالتزام ذو المحـــل المتعدد فيكون عقارا أو منقولا تبعا لطبيعة المحال المتعددة جميعا ، وقد يكون بعضهـــا عقارا وبعضها منقولا كمـــا فى حالة المتقايض اذا التزم باعطـــاء أرض ومبلغ من النقود ، فيكون الالتزام لا عقارا محضا ولامنقولا محضا بل هو مختلط (mixte) بعضه عقار وبعضه منقول[2] •

= وكذلك يكون الالتزام بسيطا اذا التزمت برد رأس المال مع فوائده (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٨ هامش رقم ١) •

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٩ •

(٢) لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٥ ـ لوران ١٧ فقرة ٢٢٤ ـ فقرة ٢٢٥ =

والالتزام التخييرى هو التزام متعدد المحل . ولكن واحـداً فقط من هذه المحال المتعددة هو الواجب الاداء . لا المحـال جميعا كمـا فى الصورة السـابقة . فاذا التزم شخص لآخـر باعطائه اما أرضا أو

= بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٧ — جوسران ٢ فقرة ٧٤٤ .

والفقه الاسلامى يعنى عناية خاصة بالالتزام ذى المحل المتعدد . ويميز تمييزا واضحا بين التزام محله أشياء متعددة كلها واجبة الاداء وبين التـزام محله أشياء متعددة أحدها وحده هو الواجب الاداء بحسب اختيـار المدين ويسمى هذا بخيار التعيين (البدائع جزء ٥ ص ١٥٦ — ص ١٥٨) . وسنعود الى خيار التعيين عند الكلام فى الالتزام التخييرى .

اما الالتزام الذى يكون محله اشياء متعددة كلها واجبة الاداء فيفصـل الفقه الاسلامى أحكامه فى كثير من الاسهاب ، ويحرص فيه بوجه خاص على عدم تفريق الصفقة ، ثم اذا هى تفرقت يحرص على عدم جهالة الثمن فيمـا تفرقت الصـفقة فيه . « فاذا اوجب (البائع) فى العبدين فقبل (المشترى) فى أحدهما ، بأن قال البائع للمشترى بعت منك هذين العبدين بألف درهـم ، فقال المشترى قبلت فى هذا العبد واشار الى واحد معين ، لا ينعقـد ، لان القبول فى احدهما تفريق الصفقة على البائع ، والصفقة اذا وقعت مجتمعـة من البائع لايملك المشترى تفريقها قبل التمام . لأن من عادة التجار ضم الردىء الى الجيد ترويجا للردىء بواسطة الجيد ، فلو ثبت للمشـترى ولاية التفـريق لقبل فى الجيـد دون الـردىء ،فيتضرر به البائع والضرر منفى . ولان غـرض الترويج لا يحصـل الا بالقبـول فيهما جميعا . فلا يكون راضيا بالقبول فى أحدهما . ولان القبول فى أحدهمـا يكون اعراضا عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس . . ثم اذا قبل المشـترى بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأ من البائع ، فان اتصل به الايجاب من البائع فى المجلس فينظر : ان كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن جاز ، والا فلا . بيانه أنه اذا قال بعت منك هذين الكرين بعشرين بيـع كل كر بعشرة لتماثل قفزان الكرين . وكذلك اذا قال بعت منـك هذين العبدين بألف درهم ، فقبل المشترى فى أحدهما وبين ثمنه ، فقال البائع بعت ، يجوز . فاما اذا لم يبين ثمنه لا يجوز ، وان ابتدا البائع الايجـاب . بخلاف مسألة الكرين وسائر الاشياء المتماثلة ، لما ذكرنا أن الثمن فى المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الاجزاء ، فكان حصة كل واحد معلوما . وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الاجزاء لانعدام تماثل الاجزاء ، واذا لـم ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة ، وجهالة الثمن تمنـع صحة البيع . هذا اذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين ، بأن قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم . . فأما اذا بين بأن قال بعت منك هـذين العبدين هذا بألف وهذا بخمسمائة ، فقبل المشترى فى أحدهما دون الاخر ، جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشترى ، بل البائع هـو الذى فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة ، وعلم انه لا ضرر له فيه ، ولو كان فهو ضرر مرضى به وانه غير مدفوع » (البدائع جزء ٥ ص ١٣٦ — ص ١٣٧) .

=

سيارة ، كان الالتزام هنا تخييريا ، وكان محل الالتزام هـو الارض أو السيارة بحسب اختيار المدين أو الدائن ، وليس المحـل هـو الارض والسـيارة معا .

= ويعنى الفقه الاسـلامى — من حيث تكوين العقد أيضا — بفـكرة أن الالتزام ذا المحل المتعدد ، وهو صفقة واحدة ، اذا داخله بطلان فى بعض محاله المتعددة ، قد يختل باختلال وحدة الصفقة . فلو جمع البائع « بين ما هو مال وبين ما ليس بمال فى البيع ، بأن جمع بين حر وعبد أو بين عصير وخمر أو بين ذكية وميتة ، وباعهما صفقة واحدة ، فان لم يبين حصـة كل منهما من الثمن ، لم ينعقد العقد اصلا بالاجماع . وان بين ، فكذلك عند ابى حنيـفة ، وعندهما (أى عند أبى يوسف ومحمد صاحبى أبى حنيفة) يجوز فى العصير والعبد والذكية ، ويبطل فى الحر والخمر والميتة ... وجه قولهما أن الفسـاد بقدر المفسد لان الحكم يثبت بقدر العلة ، والمفسد خص أحدهمـا فلا يتعمم الحكم على خصوص العلة ، فلو جاء الفساد انما يجىء من قبل جهالة الثمن ، فاذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضا ... ولابى حنيفة رضى الله عنه أن الصفقة واحدة وقد فسدت فى أحدهما فلا تصـح فى الاخر ، والدليل على أن الصفقة واحدة ان لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشترى واحد ، وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة ، دل على أن الصفقة واحدة ، وقد فسدت فى أحدهمـا بيقين لخروج الحر والخمر والميتة عن محلية البيع بيقين : فلا يصح فى الاخـر لاسـتحالة كون الصفقة الواحـدة صحيحة وفاسدة ، ولهذا لم يصح اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فكذا اذا سمى لان التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدين ... ولانه لما جمع بينهما فى الصفقـة فقد جعل قبول العقد فى أحدهما شرط القبول فى الاخر ، بدليل أنه لو قبـل العقد فى أحدهما دون الاخر لا يصح ، والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول فى الاخر ... ولان فى تصحيح العقد فى أحدهما تفريق الصفقة عـلى البائع قبل التمام ، لانه اوجب البيع فيهما فالقبول فى أحدهما يكون تفريقـا وهذا لا يجوز ... ثم اذا جاز البيع فى أحدهما عندهما (أى عند الصاحبين) فهل يثبت الخيار فيه ؟ ان علم بالحرام يثبت لان الصفقة تفرقت عليه ، وان لم يعلم لا لانه مضى بالتفريق » (البدائع جزء ٥ ص ١٤٥ — ص ١٤٦) .

وتفرق الصفقة أيضا هى التى يعنى بها الفقه الاسلامى فى تقرير أحكام العقد بعد انعقاده صحيحا ، فاذا هلك بعض المبيع قبل القبض هلك على البائع ، ثم ينظر : « ان كان النقصان قدر ، بأن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا ، ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن ، لان كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شىء من الثمن ، وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفسـاخ البيع فى الكل وسقوط كل الثمن ، فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسـقوط الثمن بقدره . والمشترى بالخيار فى الباقى ، ان شاء أخذه بحصته من الثمن ، وان شاء ترك لان الصفقة قد تفرقت عليه » (البدائع جزء ٥ ص ٢٣٩) =

يبقى الالتزام البدلى ، وهو التزام غير متعدد المحل على النحـو السابق ، بل له محل واحد ، ولـكن يستطيع المدين ان يؤدى شيئا آخر بدلا منه فيقضى بذلك التزامه . فاذا التزم شخص لآخر باعطائه دارا ، واحتفظ لنفسه بالحق فى أن يعطيه اذا شاء أرضا بدلا من الدار ، كـان الالتزام بدليا . وهنا يكون محل الالتزام شيئا واحدا هو الدار ، ولـكن يجوز للمدين أن يستبدل بالدار الارض للوفـاء بالتزامه ، ولايسـتطيع الدائن أن يرفض هـذا الوفـاء .

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجا تصاعديا فى تعـدد المحـل مابين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى والالتزام ذى المحل المتعدد . ففى الالتزام البدلى محل الالتزام (objet in obligatione) ، واحد ، ولكن يوجد شيء آخر يحل محله عند الوفاء (objet in facultate solutionis) . ويرقى الالتزام التخييرى مرتبة فى تعدد المحل ، فمحل الالتزام متعـدد — شيئان أو أكثر لاشيء واحد — ولكن الواجب الأداء من هذه الاشياء المتعددة هو شيء واحد . ثم يرقى الالتزام ذو المحـل المتعدد المرتبـة العليا فى تعدد المحل ، فمحـل الالتزام متعـدد — شـيئان أو أكثر — والواجب الاداء هو كل هذه الاشياء المتعددة[1] .

ولما كان الالتزام ذو المحل المتعدد لايكاد يفارق الالتزام ذا المحل

= وللبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فلو باع « شيئين صفقة واحدة، وسمى لكل واحدمنهما ثمنا ، فنقد المشترى حصة أحدهما ، كانللبائع حبسهما حتى يقبض حصة الاخر لما قلنا ، لان قبض احدهما دون الاخر تفريق الصفقة الواحدة فى حق القبض ، والمشترى لا يملك تفريق الصفقة الواحدة فى حـق القبول بأن يقبل الايجاب فى أحدهما دون الآخر ، فلا يملك فى حق القبضأيضا لأن للقبض شبها بالعقد . وكذلك لو ابراه من حصة أحدهما ، فله حبس الكل لاستيفاء الباقى لما ذكرناه » (البدائع جزء ٥ ص ٢٥٠) .

وظاهر من هذه النصوص التى قدمناها ان احكام الفقه الاسـلامى فى الالتزام ذى المحل المتعدد مقبولة بوجه عام ، ويمكن تخريجها عـلى المبادىء العامة فى القانون الحديث .

(١) انظر فى ذلك دى باج ٣ فقرة ٢٦٨ .

الواحد ، وتكاد تكون أحكام كل منهما واحدة ، فانه لاتوجد أهمية خاصة **لأفراده بالبحث**[١] . **والذى يجب أن يفرد بالبحث — لان الوصف فيه** ذو أثر بالغ — هو الالتزام التخييرى ثم الالتزام البدلى ؛ ونبحثهما فى فصلين متعاقبين .

(١) ويميز تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، فى « الموجبات ذات المواضيع المتعددة » ، « بين الموجب المتلازم » وهو الذى ندعوه بالالتزام ذى المحل المتعدد ، « والموجب التخييرى » اى الالتزام التخييرى ، « والموجب الاختيارى » اى الالتزام البدلى . فتنص المادة ٥٣ من هذا التقنين على « أن الموجبات ذات المواضيع المتعددة تكون متلازمة أو تخييرية أو اختيارية » . . وتنص المادة ٥٤ على أن « الموجب المتلازم هو الذى يكون موضوعه مشتملا على جملة أشياء تجب معا بحيث لا تبرأ ذمة المديون الا بادائها كلها » . وتنص المادة ٥٥ على « أن الموجبات المتلازمة خاضعة للاحكام المختصة بالموجب البسيط » .

الفصـــــل الاول

الالتـــزام التخييرى(*)

(Obligation alternative)

٨١ — قيام وصف التخيير وأحكامه : التخيير بين محلين أو أكثــر للالتزام الواحد وصف يقوم بالالتزام كما قدمنا . فيجب أن نعرف ماهو ومن أى مصدر ينشأ ، ومن من طرفى الالتزام يثبت له الخيار . ثم نعرف بعد ذلك ماهى أحكام الالتزام التخييرى .

فنبحث اذن مسألتين : ١ — قيام وصف التخييــــر ٢ — أحكــام الالتزام التخييرى(١) .

الفـــــرع الاول

قيـــام وصف التخيير

٨٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٥ من التقنـــين المدنى على ما يـــأتى :

« يكون الالتزام تخييريا اذا شمل محله أشياء متعـددة تبرأ ذمة

(*) مراجع : بنكاز Bonnecase تكملة بودرى ٢ فقرة ٧٦٠ وما بعدها — مقال له فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ١٠٩٢ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢ — فقرة ١١٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٨ — فقرة ١٠٥١ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠٠ — فقرة ٨٠٢ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٣ — ٢٨٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقــرة ١٣١٩ — فقرة ١٣٢٢ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ٢ فقـــرة ٦٧٨ — جوسران ٢ فقرة ٧٤٥ — فقرة ٧٤٦ .

(١) ويقول دى باج انه بالرغم من الالتزام التخييرى ليس كثـــير الوقوع فى الحياة العملية ، فانه يثير صعوبات جدية من ناحية الصناعة القانونية (دى باج ٣ فقرة ٢٧٣ ص ٢٦٩) .

المدين براءة تامة اذا أدى واحـدا منها ؛ ويكون الخيـار للمـدين ما لم ينص القـانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك »(١) .

ويقابل هذا النص المادة ٩٦/١٥٠ من التقنين المدنى السابق(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المـدنى السورى المادة ٢٧٥ ؛ وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٢ ؛ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٩٨ ؛ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٣٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ؛ غـير أن النص فى المشروع التمهيدى كان مقسوما الى فقرتين ، فاندمجت الفقرة الثانية فى الفقرة الاولى فى لجنة المراجعة . وعرض على لجنة المراجعة اقتراح محكمة مصر من اضافة نص يجعل اثر للتخيير يستند الى وقت الالتزام ، فلم تر اللجنة ضرورة لهذا النص لامكان استخلاص حكمه من المبادىء العامة ، واصبحت المادة رقمها ٢٨٧ فى المشروع النهائى ، ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ وص ٣٩) .

(٢) التقنين المـدنى السـابق م ٩٦/١٥٠ : اذا كان التعهد بعمل أحد شيئين فأكثر ، فالخيار للمتعهد ، الا اذا وجد نص صريح فى التعهد او فى القانون يقضى بخلاف ذلك .

ولا فرق فى الاحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم . وقد كـان التقنين القديم يغفل ذكر الالتزام البدلى ، ويكثر من النصوص فيما يتعلق بالالتـزام التخييرى فى غير ضبط ولا تحديد . وقد تكفل التقنين المدنى الجديد بهذا الضبط فبين من يستعمل الخيار اذا امتنع من له الحق فى مباشرته ، ووضـع نظـاما ادنى الى المنطق فى آثار استحالة التنفيذ . وقد جاء فى المـذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « عمد المشروع — فيما تعلق بالاوصـاف الخاصة بتعدد محل الالتزام — الى الجمع بين الالتزام التخييرى والالتـزام البدلى فى الفصل المعقود لهما ، مقتديا ذلك بالتقنين اللبنانى . ولعل فى دقـة التفرقة بين هذين الضربين من الالتزام ما يمتنع معه الاعضاء عن اهمـال التقنين المصرى والتقنين الفرنسى ، بل والمشروع الفرنسى الايطالى ، للالتزامات البدلية . ومع أن احكام الالتزام التخييرى ظفرت بحظ موفور من التفصيل فى نصوص التقنين الحالى (السابق) — اذ اختصت بما لا يقل عن موادّ اربع — الا انها كانت بحاجة الى شىء من الضبط والتحديد . وقد تكفل المشروع بذلك ، فعين كيفية اعمال حق الخيار بين محلى التخيير اذا امتنع من ثبت له هـذا الحق من العاقدين عن مباشرته ، ووضع لآثار استحالة التنفيذ نظاما ادنى الى المنطق » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦) .

٥٦ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٣٦ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المـــادة ٤٠٧ (١) .

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف التخيير يقوم متى شـمل محل الالتزام أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة اذا أدى واحدا منها ، وأن خيار التعيين يكون فى الاصل للمدين الا اذا قضى المصدر الذى ينشأ منه ــ الاتفاق أو القانون ــ بأن الخيار يكون للدائن أو للغير .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى** : التقنين المدنى السورى م ٢٧٥ (مطابقة للمادة ٢٧٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٧٥ من التقنين المـدنى المصرى) .

التقنين المـدنى العراقى م ٢٩٨ : ١ ــ يصح ان يكون محل الالتزام احد اشياء قيمية او مثلية من اجناس مختلفة ، ويكون الخيار فى تعيينه للمـدين او للدائن . ٢ ــ واذا اطلق خيار التعيين فهو للمدين ، الا اذا قضى القانون او اتفق المتعاقدان على ان الخيار يكون للدائن .

(ولا فرق فى الاحكام ما بين التقنين المصرى والتقنين العراقى رغم اختـلاف العبارة . انظر فى التقنين العراقى الاستاذ حسن الذنون فى احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٦٣ ــ فقرة ١٦٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٦ : الموجب التخييرى هو الـذى يكون موضوعه مشتملا على جملة اشياء تبرأ ذمة المديون تماما باداء واحـد منها .. وللمديون وحده حق الاختيار ، لم يكن ثمة نص مخالف .. (ولافرق فى الاحكام ما بين التقنين المصرى والتقنين اللبنانى رغم اختلاف العبارة . ويقول التقنين اللبنانى ان حق الاختيار للمدين مالم يكن . ثمة نص مخالف، والمقصود بالنص هنا الاتفاق (stipulation) كما يفهم من الرجوع الى الاصل الفرنسى للمادة ٥٦ ، أما نص القانون فمن البديهى انه اذا وجد وجعل الخيار للدائن فانه يجب اتباعه) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٣٦ : ١ ــ يجوز أن يكون محل الالتزام احد اشياء قيمية أو مثلية أو من اجناس مختلفة ، ويكون الخيار للدائن ٢٠ ــ واذا اطلق خيار التعين كان للمدين ، الا اذا قضى القانون او اتفق المتعاقدان على الخيار للدائن . (ولا فرق فى الاحكام ما بين التقنين المصرى والتقنيـن الكويتى رغم اختلاف العبارة) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤٠٧ : ١ ــ يجوز أن يكون محل التصرف عدة اشياء قيميه او مثلية من اجناس مختلفة ، ويكون الخيار فى تعيينه للمدين او للمدين اذا كان مطلقا الا اذا قضى الاتفاق او القانون بغير ذلك . (ولا فـرق فى الاحكام ما بين التقنين المصرى والتقنين الاردنى رغم اختلاف العبارة) .

فنبحث اذن : ١ — متى يقوم وصف التخيير ٢ — من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار •

١ — متى يقوم وصف التخيير

٨٣ — (أ) تحديد منطقة الالتزام التخييرى : ليكون الالتزام تخييريا فيقوم به وصف التخيير ، يجب توافر شروط ثلاثة : ١ — يتعدد محل الالتزام فيكون للالتزام محلان أو أكثر • ٢ — ويتوافر فى كل محل منها الشروط الواجب توافرها فى المحل • ٣ — ويكون واجب الأداء ، حتى تبرأ ذمة المدين براءة تامة من التزامه ، محلا واحدا من هذه المحال المتعددة •

٨٤ — ١ — تعدد محل الالتزام : يجب أن يكون محل الالتزام متعددا كما قدمنا • فيصح أن يلتزم البائع للمشترى أن يبيع منه الدار أو الارض • ويصح أن يلتزم الشريك بتقديم حصته فى الشركة مبلغا من النقود أو أرضا أو سيارة أو أسهما أو سندات أو غير ذلك • ونرى من ذلك أن محل الالتزام قد يكون شيئين ، وقد يكون أكثر من شيئين (١) •

---

(١) وخيار التعيين فى الفقه الاسلامى — وهو الذى يقابل التخيير فى الالتزام التخييرى — لا يجوز أن يقع على أكثر من اشياء ثلاثة ؛ ويلزم فيه ذكر المدة التى يتم فيها الخيار على خلاف فى الرأى ، ويكون الخيار اما للمشترى او للبائع حسب الشرط . جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ١٣ ص ٥٥) : « ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم » على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك أيهما شاء ويرد الاخر ، جاز العقد عندنا استحسانا . وكذلك هذا فى ثلاثة أثواب ، وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسد ··· وجه الاستحسان ان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه ، وحكم خياره يستند بالتعيين ، والجهالة التى لا تفضى الى المنازعة لا تمنع صحة العقد .. فقد يشترى الانسان لعياله ثوبا ولا يعجبه انيحمل عياله الى السوق ولا يرضى البائع بالتسليم اليه ليحمله الى عياله بغير عقد ، فيحتاج الى مباشرة العقد بهذه الصفة .. وهذه الحاجة مقصورة على الثلاث ، لان كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة ، جيد ووسط وردىء ، فاذا حمل الثلاثة الى أهله تم المقصود .. فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه .. ثم نص فى هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام ، وهو الصحيح ، لان هذا خيار =

كذلك يصح أن يكون شيئا غير معين بالذات كالنقود ، أو عينا معينة عقارا أو منقولا . ويصح أن يجمع التعدد هذه كلها ، فيكون محـــل الالتزام

= ثبت بالشرط فلابد فيه من اعلام المدة،وان اطلق ذلكفي غير هذا الموضع » وجاء في البدائع للكاساني (جزء ٥ ص ١٥٧) في خصوص المـدة ما يأتي : « وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار ؟ اختلف المشايخ فيه لاختلاف الفاظ محمد في هذه المسألة في الكتب ، فذكر في الجامع الصغير على أن يأخذالمشترى أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام ، وذكر في الاصل على أنيأخذ أيهما شاء بالف ولم يذكر مدة الخيار . فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع الا بذكر مدة خيار الشرط ، وهو ثلاثة ايام فما دونها عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد ان يكون معلوما ، وهو قول الكرخى والطحاوىرحمهماالله. وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة . وجه قول الاولين أن المبيع لو كان ثوبا واحدا معينا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالاجماع ، فـكذا اذا كان واحدا غير معين ، والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وانه مفسد للبيع ... وجه قول الاخرين ان توقيت الخيار في العين انما كان شرطا لان الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة الى دفع الغبن بواسطة التأمل فكان في معنى الاستثناء ، فلابد من التوقيت ليصح استثناء ذلك في الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه ، وخيار التعيين لا يمنع ثبوت الحكم في أحدهما غير عين وانما يمنع تعين المبيع لا غير ، فلا يشترط له بيان المدة ، والله سبحانهوتعالى أعلم .. والدليل علىالتفرقة بينهما أن خيار الشرط لايورث على اصل أصحابنا وخيار التعيين يورث بالاجماع » . هذا وكون الخيار يجوز أن يكون للبائعانما جاء على سبيل الاستحسان ، جاء في فتح القدير للكمال بن الهمام (جزء ٥ ص ١٣١) : « واذا ظهر ان جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هـــو الارفق والاوفق لمن يقع الشيء له حاضرا او غائبا ، ظهر انه لا يجوزللبائع ، بل يختص خيار التعيين بالمشترى ، لان البائع لا حاجة له الى اختيار الاوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو ادرى بما لاءمـــه منه ، فيرد جـــانب البائع الى القياس ، فلهذا نص في المجرد على انه لا يجوز في جانب البائع .. وذكر الكرخى انه يجوز استحسانا ، لانه بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط » .

وحكم البيع مع خيار التعيين أنه غير لازم لمن له الخيار ســـواء كان وللمشترى أن يردهما جميعا لان خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك ، فكان محتملا للفسخ . وهذا لان جواز هـــذا الخيار للمشترى : « الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غــــير لازم ، وللمشترى أن يردهما جميعا لان خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيـــار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك ، فكان محتملا للفسخ . وهذا لان جـــواز هذا النوع من البيع انما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم الى ذلك لما بينا فيما تقدم ، ولا تنعدم حاجتهم الا بعد اللزوم لانه عسى لا يوافقه كلاهما جميعا فيحتاج الى ردهما » . وجاء أيضا (ص ٢٦٣) في حالة ما اذا كان الخيار للبائع : « وللبائع أن يفسخ البيع لانه غير لازم » . =

نقودا وعقارا ومنقولا • بل يصح أن يكون محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل • ويصح أن يجتمع كل هؤلاء في الالتزام الواحد ، فيلتزم الشريك مثلا بتقدم حصته للشركة مبلغا من النقود أو أرضاء أو عملا يقوم بـه لمصلحة الشركة أو امتناعا عن الاتجار فيما تقوم به الشركة من عمل (١) •

فأي أداء يصلح أن يكون محلا للالتزام يمكن — اذا اقترنت به أداءات أخرى من نوعه أو من غير نوعه — أن يكون محـــالا للالتزام التخييرى • والمهم هو أن يتعدد هذا المحل ، فلا يقتصر على أداء واحد•

= ويبدو ان خيار التعيين يكون مقترنا بخيار الشرط .. وهذا ما يعلل ان البيع المقترن بخيار التعيين يكون غير لازم على النحو الذى قدمناه ، وعـــدم لزومه انما جاء من خيار الشرط المقترن بخيار التعيين لا من خيار التعيين ذاته وهذا ما يعلل ايضا ان خيار التعيين ينتقل الى الورثة ولكن البيع يكون لازما لهم خلافا للمورث ، وذلك لان خيار الشرط المقترن بخيار التعيين لا يورث ، فينقطع هذا الخيار عن الورثة ومن ثم يلزمهم البيع ، ويبقى لهم خيار التعيين وحده دون خيار الشرط . وهذا ما يعلل أخيرا أن الشيئين اذا تعيبا معا في يد المشترى وكان له خيار التعيين ، فللمشترى أن يأخذ ايهما شاء بثمنه وليس له أن يردهما جميعا ، لان خيار الشرط المقترن بخيار التعيين هو الذى بطل بتعيب الشيئين وبقى خيار التعيين على حاله .. وفي هذا يقول صاحب البدائـــع (جزء ٥ ص ٢٦٢) : « ولو تعيبا جميعا ، فان كان على التعاقب تعين الأول للبيع ولزمه ثمنه ويرد الاخر لما قلنا ، ولا يغرم بحدوث العيب شيئا لما قلنــا انه أمانة . وان تعيبا معا لا يتعين أحدهما للبيع لانه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الاخر ، وللمشترى ان يأخذ أيهما شاء بثمنه ، لانه اذا لـــم يتعين احدهما للبيع بقى المشترى على خياره . الا أنه ليس له أن يردهما جميعا ، لان البيع قد لزم فى احدهما بتعيبهما فى يد المشترى وبطل خيار الشرط ، وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ ان هذا البيع فيه خياران ، خيار التعيين وخيار الشرط ، ولابد له من رتبة معلومة ، اذ لو لم يكن لملك ردهما جميعا كما لو لم يتعيب احدهما اصلا ، ولكنه لم يملك لان ردهما جميعا قبل التعيب ثبت حكما لخيار الشرط ، وقد بطل خيار الشرط بعد تعيبهما معا فلم يملك ردهما ، وبقى خيار التعيين فيملك رد احدها ... ولا يبطل هذا الخيار بمـــوت المشـــترى بل يورث بخلاف خيار الشرط ، لان خيار التعيين انما يثبت للمورث لثبـــوت الملك له فى احدهما غير عين ، وقد قام الوارث مقامه فى ذلك الملك فلــه أن يختار أيهما شاء دون الاخر ، الا انه ليس له أن يردهما جميعا وقد كان للمورث ذلك • وهذا يؤيد قول اولئك المشاريخ انه لابد من خيارين فى هـــذا البيع ، وقد بطل أحدهما وهو خيار الشرط بالموت لانه لا يورث على أصل اصـــحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جميعا » .

(١) ديرانتون ١١ فقرة ١٣٦ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢ .

٨٥ — ٢ — توافر الشروط فى كل من الاداءات المتعددة : ويجب أن يتوافر فى كل أداء من الأداءات المتعددة للالتزام التخييرى جميع الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام . لاحتمال أن يقع الاختيار على أى أداء منها فيصبح هو المحل الوحيد ، ويكون متوافرا فيه الشروط اللازمة فيجب أن يكون كل أداء موجودا اذا كان شيئا ، أو ممكنا اذا كان عملا أو امتناعا عن عمل . ويجب أيضا أن يكون الاداء معينا أو قابلا للتعين ، وأن يكون صالحا للتعامل فيه ، وأن يكون مالا متقوما ، وأن يكون التعامل فيه مشروعا .

فاذا كان الالتزام التخييرى محله شيئان فقط ، وكان أحدهما لم تتوافر فيه الشروط المتقدمة الذكر ، وتوافرت فى الشىء الآخر هذه الشروط ، فان الالتزام لا يكون له الا محل واحد هو هذا المحل الذى توافرت فيه الشروط ، ويكون الالتزام بسيطا غير تخييرى (١) .

وقد نصت المادة ١١٩٢ من التقنين المدنى الفرنسى صراحة على هذا الحكم اذا تقول : « يكون الالتزام بسيطا ، ولو عقد فى صورة التزام تخييرى ، اذا كان أحد الشيئين محل الالتزام لا يمكن أن يكون محلا له (٢) » . وتنص المادة ٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على الحكم فيما اذا كان شىء واحد من الاشياء المتعددة هو الذى يمكن تنفيذه دون الاشياء الاخرى ، فتقول : « اذا كان أحد المواضع وحده قابلا للتنفيذ ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة » . والحكم كما نرى ظاهر البداهة ، فلا حاجة للنص عليه ، اذ يمكن استخلاصه فى يسر من تطبيق القواعد العامة .

---

(١) لكن اذا اراد المتعاقدان أن يخفيا التزاما غير مشروع تحت ستار التزام تخييرى ، بأن يتفقا أصلا على محل غير مشروع ، ثم يضعا الى جانبه على طريق التخيير محلا آخر مشروعا يكون المقصود منه أن يصبح جزاء لعدم تنفيذ المحل غير المشروع ، فان مثل هذا الالتزام لايكون التزاما صحيحا حتى فى محله المشروع ، بل يكون التزاما باطلا فى المحلين جميعا (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٦ ص ٢٠٧ هامش رقم ٢) .

(٢) وهذا النص فى أصله الفرنسى : L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses ne pouvait être le sujet de l'obligation.

والعبرة ، فى معرفة مـا اذا كانت الشروط الواجبـة متوافرة فى الأداءات المتعددة للالتزام التخييرى ، تكون بوقت نشوء هذا الالتزام • فان توافرت الشروط فى هذا الوقت ، كان الالتزام تخييريا ، حتى لـو أصبحت الاداءات بعد ذلك لاتصلح كلها أو بعضها محلا للالتزام • وعلى النقيض من ذلك ، اذا لم تتوافر الشروط الا فى أداء منها ، كان الالتزام بسيطا منـذ البداية ومحله هـذا الاداء الذى توافرت فيـه الشروط ، ولاينقلب تخييريا حتى لو أصبحت الاداءات الاخرى بعد ذلك متوافرا فيها الشروط الواجبة [١] •

٨٦ - ٣ - محل واحد من المحال المتعددة هو الـواجب الاداء :

واذا كان للالتزام التخييرى محال متعددة (in obligatione) ، فان محلا واحدا منها فقط هو الواجب الاداء (in debitione) ، أو كما تقـول المادة ٢٧٥ مدنى فى صدرهـا : « تبرأ ذمـة المدين براءة تامة اذا أدى واحدا منهـا » •

وينبنى على ذلك أمران : (أولهما) أنه قبل اختيار المحل الواجب الأداء ، يكون كل من المحال المتعددة ممكنا طلبه ، فيقوم التضامن بـين هذه المحال على غرار التضامن الذى يقوم بين المدينين المتضامنين • فكما ان كل مدين متضامن تمكن مطالبته بكل الدين فاذا وفاه انقضى ، كذلك أى محل من المحال المتعددة للالتزام التخييرى تمكن المطالبة به فاذا وفى انقضى الالتزام • فالتخيير اذن هو ضرب من التضامن مابين الاشـياء شبيه بالتضامن مابين الاشخاص ، هو تضامن عينى موضوعى (solidarité réelle et objective) الى جانب المدينين الشخصى الذاتى (solidarité personnelle et subjective) • والتضامن العينى من شأنه، كالتضامن الشخصى ، أن يقوى ضمان الدائن ، فاذا أصبح تنفيذ محـل

---

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٦ - وانظـر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨ •

من المحال المتعددة للالتزام التخييرى مستحيلا جاز أن ينفذ محل آخر ، فيتسع بذلك مجال التنفيذ ويقوم ضمان الدائن (١) . (والامر الثانى) أنه بعد اختيار المحل الواجب الاداء يصبح هذا وحده هو محل الالتزام وينقلب الالتزام التخييرى عند ذلك التزاما بسيطا ليس له الا محل واحد .

ويستتبع ذلك أن المحال المتعددة للالتزام التخييرى تكون فى الكثرة الغالبة من الاحوال متعادلة فى قيمتها ، مادام أن تنفيذ أى محل منها يغنى عن تنفيذ المحال الأخر . غير أن هذا ليس بضرورى ، فقد تتفاوت قيم المحال اذا تفاوتت شروط أدائها . مثل ذلك أن يلتزم شخص نحو آخر بأن يبيع له الدار بألفين أو الارض بألف ، فتكون قيمة الارض نصف قيمة الدار . وقد يعد شخص آخر باقراضه ألفا بفوائد سعرها ٥٪ أو خمسمائة بفوائد سعرها ٦٪ . بل قد لاتتفاوت شروط الاداء ومع ذلك تكون القيم متفاوتة ، فقد يكون المبلغ الموعود باقراضه هو ألف أو ألفا على حسب اختيار المدين ويكون سعر الفائدة فى الحالتين ٥٪ (٢) .

٨٧ - (ب) تمييز الالتزام التخييرى عن حالات أخرى تشتبه به :
وحتى يتم تحديد منطقة الالتزام التخييرى فى وضوح ، نورد بعض الحالات التى تشتبه بالالتزام التخييرى وليست اياه . فنستعرض الشرط الجزائى والالتزام المعلق على شرط واقف والالتزام بشىء غير معين . أما الالتزام متعدد المحل (obligation conjointe) فقد سبق التمييز بينه وبين الالتزام التخييرى وسنبحث عند الكلام فى الالتزام البدلى ما يوجد بينه وبين الالتزام التخييرى من فروق .

٨٨ - ١ - التمييز بين الالتزام التخييرى والشرط الجزائى:
الشرط الجزائى هو تقدير اتفاقى للتعويض المستحق ، اذا أخل المدين

(١) ديمولب ٢٦ فقرة ٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٤ - فقرة ١٠٤٥ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٨ - دى باج ٣ فقرة ٢٧٤ .
(٢) ديرانتون ١١ فقرة ١٣٩ - لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٦ - ديمولب ٢٦ فقرة ٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٣ .

بالتزامه ولم يقم بتنفيذه تنفيذا عينيا • فالشرط الجزائى اذن ليس الا تعويضا مستحقا عن عدم التنفيذ العينى • وهو ــ ككل تعويض ــ لايمكن أن يكون الى جانب التنفيذ العينى أحد محلى التزام تخييرى • ذلك أنه فى الالتزام التخييرى يمكن للمدين أو للدائن ، بحسب الاحوال ، أن يختار أحد المحلين فيوفيه للطرف الاخر ، ولايستطيع هذا الطرف الاخر أن يرفض الوفاء • أما فى التعويض فالامر مختلف ، اذ أن المدين لايستطيع أن يختار التعويض دون التنفيذ العينى ، اذا كان هذا التنفيذ ممكنا وطالب به الدائن • كذلك لايجوز للدائن أن يختار التعويض دون التنفيذ العينى ، اذا كان التنفيذ العينى ممكنا وعرضه المدين • فالتعويض ليس محلا لالتزام تخييرى ، بل ان له مقوماته الذاتية ، وقد سبق بيان ذلك فى الجزء الثانى من الوسيط •

ومما يبرز الفرق بين الالتزام التخييرى والالتزام المصحوب بشرط جزائى أنه اذا كان الالتزام المصحوب بشرط جزائى قد أصبح تنفيذه العينى مستحيلا بسبب أجنبى لايد للمدين فيه ، فان الالتزام ينقضى ولايكون الشرط الجزائى مستحقا • أما فى الالتزام التخييرى ، اذا أصبح تنفيذ أحد محلى هذا الالتزام مستحيلا بسبب أجنبى ، فسنرى أن المحل الثانى يصبح مستحقا ، على خلاف الشرط الجزائى • كذلك اذا كان المحل الاصلى للالتزام المصحوب بشرط جزائى لايصلح أن يكون محلا لعدم توافر الشروط الواجبة فيه ، فان الالتزام يسقط ويسقط معه الشرط الجزائى • وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ، فانه اذا كان أحد محليه لايصلح أن يكون محلا للالتزام أصبح المحل الآخر هو المستحق (١) •

٨٩ ــ ٢ ــ التمييز بين الالتزام التخييرى والالتزام المطلق على شرط واقف : ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييرى بأن كلا من محاله

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٥ .

المتعددة واجب الاداء معلقا على شرط اختياره ؛ وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون الى ذلك (١) • ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول ؛ أما الاختيار فى الالتزام التخييرى — اختيار محل ما — فهو أمر محقق لابد من حصوله ؛ واذا هو لم يحصل ممن له حق الاختيار بالذات ، فانه لابد حاصل ممن أقامه القانون مقامه: القاضى فى حالة ما اذا كان الخيار للمدين ؛ والمدين فى حالة ما اذا كان الخيار للدائن (٢) •

وينبنى على ما تقدم أن الالتزام التخييرى هو التزام محقق الوجود منذ البداية . أما الالتزام المعلق على شرط واقف فالتزام غير محقق الوجود وهو لن يوجد فعلا الا اذا ماتحقق الشرط •وهناك فرق آخر مابين الالتزامين ، فانه اذا هلك محل الالتزام الشرطى بسبب أجنبى قبل تحقيق الشرط كانت تبعة الهلاك على المدين كما سبق القول ، أما التبعة فى هلاك أحد محال الالتزام التخييرى فهى على الدائن (٣) •

٩٠ — ٣ — التمييز بين الالتزام التخييرى والالتزام بشىء غير معين بالذات : والالتزام التخييرى ليس التزاما بشىء غير معين بالذات ، فقد يلتزم شخص أن يبيع لآخر مائة أردب من القمح ؛ ومحل الالتزام هنا هو شىء غير معين بالذات حتى لو عين البائع المخزن الذى أودع فيه قمحه وذكر أن مائة الأردب ستؤخذ من هذا القمح • كذلك يعتبر التزاما بشىء غير معين بالذات التزام من يبيع فرسا غير معين من خيوله الموجودة بالاصطبل ، أو يبيع بقرة غير معينة من قطيع البقر الذى يملكه •فالمبيع

---

(١) انظر ماركادييه ٤ فقرة ١١٨٩ — كوليه دى سانتير ٤ فقرة ١١٥ مكررة — ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٣ .

(٢) انظر المادة ٢٧٦ مدنى ، وسيأتى بيان ذلك . فلا يكون اذن اختيار أحد محال الالتزام التخييرى شرطا مادام محقق الحصول ، بل هو اجل معين أو غير معين على حسب الاحوال (انظر قريبا من هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٢) .

(٣) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٣ .

فى جميع هذه الاحوال شىء غير معروف يؤخذ من بين أشياء معروفة .

والفرق بين أن يلتزم الشخص باعطاء شىء معين من بين أشياء معينة — وهذا هو الالتزام التخييرى — وبين أن يلتزم باعطاء شىء غير معروف من بين أشياء معروفة ، أن الأشياء محل الالتزام التخييرى هى أشياء معينة بذاتها ، كل شىء منها قد عين تعيينا كافيا حتى لايختلط بغيره، وأحد هذه الاشياء المعينة بالذات سيكون محل الالتزام اذا تم اختياره. أما فى الالتزام باعطاء شىء غير معروف من بين أشياء معروفة ، فان هذه الاشياء المعروفة ليست معينة بذاواتها كما هى معينة فىالالتزام التخييرى، بل هى قد عينت بأنها الخيول التى فى الاصطبل دون أن تعين هذه الخيول فرسا فرسا ، أو هى قطيع البقر الذى يملكه البائع دون أن تعين رؤوس هذا القطيع رأسا رأسا (١) .

وينبنى على هذا الفرق أمور ثلاثة : ١ — فى الالتزام بشىء غير معين بالذات ، اذا فرز فرس من الاصطبل أو بقرة من القطيع بعد اعذار المشترى ، ثم هلك الشىء المفرز ، فان هلاكه لايكون على المشترى ، بل يجب فرز فرس آخر أو بقرة أخرى لتسليمها اليه ، أما اذا أختير أحد محال الالتزام التخييرى . ولم يتسلمه المشترى بعد اعذاره . فان الهلاك يكون عليه لا على البائع(٢) . ٢ — فى الالتزام بشىء غير معين بالذات ، واذا فرز المبيع ، انتقلت ملكيته الى المشترى من وقت الفرز لا من وقت البيع . أما فى الالتزام التخييرى ، فانه اذا أختير محل الالتزام ، انتقلت ملكيته من وقت البيع لا من وقت الاختيار ، وسنرى أن الاختيار يستند الى الماضى (٣) . ٣ — فى الالتزام بشىء غير معين بالذات ، واذا كان أحد الخيول مثلا هو ملك المشترى ، ولكنه عندما فرز ليكون هو الفرس المبيع

---

(١) لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٨ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٤ — فقرة ١٠٥٥ .

(٢) قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٥ .

(٣) لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٧ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٧ — فقرة ٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٤ ص ٢١٢ .

لم يعد ملكا له ، فان البيع يصح • أما فى الالتزام التخييرى ، أذا بـاع شخص فرسا من بين عدة خيول معينة بذواتها ، وكان أحدها ملكاللمشترى ثم لم يعد ملكا له . واختير ليكون محلا للالتزام ، فان الالتزام لايصح لان هذا المحل لم يكن قد توافرت فيه الشروط الواجبة وقت نشـوء الالتزام اذ كان ملكا للمشترى (١) •

٢ — من له خيـار التعيين ومصدر هـذا الخيـار

٩١ — من له خيار التعيين :رأينا أن العبارة الاخيرة من المادة ٢٧٥ مدنى تقول : « ويكون الخيـار للمدين مالم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك » •

فاذا كان هناك التزام تخييرى ، ولم يبين الطرفان من له الخيـار ولم ينص القانون على ذلك ، فان الخيار يكون للمدين لا للدائن • وهذا هو الأصل العام ، فان الاتفاق عند الشك يفسر لمصلحة المدين (٢) •

---

(١) لاروببير ٣ م ١١٩٢ فقرة ١ — ديمولب ٢٦ فقرة ١٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٦ . ويقع كثيرا أن تعقد الشركات الكبيرة قروضـا فى الاسواق العالمية ، فتصدر سندات وتتعهد بدفع رأس المال والارباح بعملات مختلفة ، حتى يتهيأ للمقرضين حاملى هذه السندات ان يقبضـوا حقوقهم كل بعملة بلده ، فهل يعتبر التزام الشركة المقترضة فى هـذه الحالة التزاما تخييريا محاله المتعددة هى هذه العملات المختلفة ؟ انقسم الفقهاء فى هـذه المسألة : ففريق يذهب الى أن الالتزام بسيط ، ومحله هو مبلغ من النقـود يحسب فى كل بلد بعملته ، والدائن هنا هو الذى يختار عمله بلده (بارتـان على اوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٩ وهامش رقم ٣ مكرر — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٢٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٠) • وفريق آخر يذهب الى أن الالتزام تخييرى اذ هو يقع عـلى عملات مختلفـة ، ولكن يستخلص من الظروف أن هناك اتفاقا ضمنيا على أن يكون الخيار فى هـذا الالتزام للدائن لا للمدين ، أى لحاملى السندات لا للشركة (انسيكلو بيـدى واللوز ٣ لفظ Obligation فقرة ٤٩ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٦) وسواء اخذ بالراى الاول أو بالراى الثانى ، فالنتيجة العملية واحدة ، اذ ينتهى الامر الى تفسير نية المتعاقدين واعطاء الخيار للدائن ، وانما يختلف الرأيان فى التصوير الفنى للالتزام •

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٨ • وقد قضت محكمـة الاسـتئناف المختلطة بأنه اذا كان هناك خيار فى دفع الثمن فورا مع خصم معين او دفعه الى اجل ، فالخيار يكون للمدين لا للدائن ، ولايجوز للدائن أو الوسيط أن يجبر المدين على الدفع فورا (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٤٣٩).

ولكن يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين وهذا يقتضى اتفاقا خاصا فلا يصح افتراضه • على أن هذا الاتفاق قــد يكون صريحا أو ضمنيا ، فلا يشترط التقنين المدنى المصرى الاتفــاق الصريح (١) •

كذلك يجوز ، اذا كان مصدر الخيار هو نص فى القانون ، أن يجعل النص الخيار للدائن لا للمدين • وقد فعل القانون ذلك عندما نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى على أنه اذا أضعف المدين بفعله تأمينــــا خاصا ، فللدائن الخيار بين أن يطالب باستيفاء حقه قبل حلول أجله أو أن يطالب بتكملة التأمين (٢) • ففى هذا الالتزام التخييرى ينص القانون على أن الخيار للدائن •

ومتى كان الخيار للمدين فانه يستطيع أن يعرض الوفاء بالمحــــل الذى يختاره من محال الالتزام المتعددة ، ويكون عرضه صحيحا • أما اذا كان الخيار للدائن فلا يستطيع المدين أن يعرض ما يختاره هو ، بــل يجب عليه أن يعرض الوفاء بأى محل يختاره الدائن (٣) •

ولانرى ما يمنع من أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار لاجنبى ، ويكون الاجنبى فى هذه الحالة اما خبيرا فنيــا يستشيره أحــد الطرفين فيكون الخيار فى الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير ، أو يكون الاجنبى غير منتم لاحد من الطرفين فيقرب من أن يكون حكما بينهما يتفقان عليه عندما لايستطيعان الاتفاق على أن يكون الخيار لاحد منهما • ويساعد على تقرير هذا الحكم أن نص التقنين المدنى المصرى لايقــول ــ كما تقول المادة ١١٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى ــ ان الخيار للمدين

---

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى فقد نص فى المادة ١١٩٠ على أن يكون الاتفاق صريحا ، وبالرغم من ذلك يذهب بعض الفقهاء الى جــواز أن يكون الاتفاق ضمنيا (بيد ان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠١ ــ انسيكلو بيدى داللوز لفــظ Obligation فقرة ٥٥ ــ دى باج ٣ فقرة ٢٧٨) •

(٢) انظر ايضا المادة ١٠٤٨ فقرة اولى مدنى •

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٠ ــ فقرة ١٠٦١.

ما لم يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن ؛ بل تقول ان الخيار للمدين مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك (١) .

٩٢ ـ مصدر الخيار : ويمكن أن نستخلص مما تقدم أن مصدر خيار التعيين أما أن يكون الاتفاق كما هو الغالب ، واما أن يكون نصا فى القانون .

ففى الكثرة الغالبة من الاحوال يكون مصدر الالتزام التخييرى العقد أو التصرف القانونى بوجه عام ، فيلتزم المدين بارادته أن يؤدى للدائن شيئا من أشياء متعددة . وعند ذلك يتكفل الاتفاق أو التصرف القانونى بتعيين من له الخيار ، المدين أو الدائن ، فاذا سكت عن هذا التعيين كان الخيار للمدين كما قدمنا .

وقد يكون مصدر الالتزام التخييرى نصا فى القانون . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى تنص على سقوط الاجل اذا كان المدين قد أضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بموجب القانون ، هذا مالم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه ، فان الاجل يسقط مالم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا (٢) . ورأينا أن الفقرتين الاولى والثانية من المادة ١٠٤٨ مدنى تطبيقان هذه الاحكام على الرهن الرسمى فتنصان على أنه « ١ ـ اذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأمينا كافيا أو أن يستوفى حقه فورا . ٢ ـ فاذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفى

---

(١) أنظر فى امكان أن يكون الخيار للغير فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٧٧ .

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ ـ ص ٣٨ .

الدين فورا قبل حلول الاجل [١] » • ونرى من ذلك أن هـذه النصوص تنشىء التزامين تخييرين : ١ ــ الالتزام الاول هو التزام المدين الذى أضعف بفعله ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، فيلتزم اما بدفع الدين فورا أو بتكملة التأمين ، والخيار هنا للدائن بنص القانون ٢ ــ والالتزام الثانى هو التزام المدين ، اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب أجنبى، بدفع الدين فورا أو بتقديم تأمين كاف ، والخيار هنا للمدين بنص القانون كذلك [٢] • وقد تقدم بيان هذا عند الكلام فى الاجل [٣] •

---

(١) أنظر أيضا المادة ١١٠٢ فقرة ثانية مدنى فى رهن الحيازة •

(٢) أنظر الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٥ ــ وقارن ، فيما يتعلق بالتزام المدين بدفع الدين فورا أو بتقديم تأمين اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب اجنبى ، المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ و ص ٣١ ، حيث تفيد أن هـذا الالتزام التزام بدلى ، والصحيح انه التزام تخييرى كنظيره الذى ينشــأ اذا كان اضعاف التأمين راجعا الى خطأ المدين ، ولكن الخيار فى الالتــزام الاول للمدين ، وهــو فى الالتزام الثانى للدائن •

(٣) أنظر آنفا فقرة ٧٣ •

ومثل الالتزام التخييرى الذى مصدره القانون ايضا ما قضت به المادة ٢٧٤ مدنى من ان المدين ، اذا خشى الدائن افلاسه أو اعساره واستند فى ذلك الى سبب معقول ، يخير بين وفاء الدين فورا أو تقديم تأمين (انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ ــ ص ٣٨) . وانظر امثلة اخــرى للالتــزام التخيــيرى الــذى مصــدره القانون فى نص المادة ٤٢٥ مدنى (الغبن فى البيع ، وتقابلها المادة ١٦٨١ مــن التقنين الفرنسى وهذه تنشىء التزاما بدليا لا التزاما تخييريا) ، وفى نص المادة ١١٩ من التقنين التجارى (عدم قبول الكمبيالة ، وتقابلها المادة ١٢٠ مــن التقنين التجارى الفرنسى وتنشىء التزاما بدليا لا التزاما تخييريا) .

وقضت المادة ٩٢٤ مدنى بأن من يقيم منشآت على أرض غيره وهــو يعلم ان الارض ليست ملكه ، ويطلب صاحب الارض استبقاء المنشآت ، فان له أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة او دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الارض بسبب هذه المنشآت، فقد يقال ان فى ذمة صاحب الارض التزاما تخييريا ، اما بدفع قيمة المنشــآت مستحقة الازالة ، أو بدفــع مازاد فى ثمن الارض . ولكن لمــا كان صــاحب الارض سيختار دون شــك أقــل هاتين القيمتين ، فالظاهر أن الالتزام هنا يعتبر التزاما بسيطا له محل واحد هــو اقل القيمتين (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٣) . ومثل هذا يقال فيمــا تقضى به المادة ٩٢٥ مدنى : فى حالة ما اذا كان من أقام المنشآت على أرض غيره حسن النية ، من أن صاحب الارض له أن يستبقى المنشآت ، ويخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل ، أو ان يدفع مبلغا يساوى مازاد فى ثمن =

الفـــرع الثـــــانى

أحكام الالتزام التخييرى

٩٣ ـ **تعيين المحل الواجب الاداء وتحمل التبعة :** يثـير الالتزام التخييرى من ناحيـــة ما يجب أن يسرى عليه من أحــكام ، مســألتين :
١ ـ كيف يتم تعيين المحل الواجب الاداء من بين المحال المتعددة للالتزام
٢ ـ ماذا يكون الحكم لو أن بعض هذه المحال أو كلها هلك قبل أن يتم اختيار المحل الواجب الاداء •

فنتكلم اذن فى تعيين المحل الواجب الاداء وفى أحكام الهلاك •

١ ـ تعيين المحل الواجب الاداء

٩٤ ـ **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٧٦ من التقنــين المدنى على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيـــار ، أو تعــدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينــون ، فاذا لــم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام » •

« ٢ ـ أما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعــدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضى أجلا ان طلب المدين ذلك ، فاذا انقضى الاجل انتقل الخيار الى المدين (١) •

= الارض بسبب هذه المنشآت ـ وفيما تقضى به بوجه عام المادة ١٧٩ مدنى• من ان المثرى على حساب غيره يلتزم بدفع اقل القيمتين ، قيمة ما أثرى بـــه وقيمة ما افتقر به الدائن .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٤٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : (اذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، جاز للدائن ان يطلب من القاضى تحديد أجل للمدين يختار فيه ، حتى اذا لم يفعل تــولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام • ٢ ـ أما اذا كان الخيار للدائن وامتنع =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق [١] .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٦ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٣، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٩٩ — ٣٠٠ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٥٧ — ٦٠ و ٦٤ — ٦٥ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٣٣٧ و ٣٣٩ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ٤٠٨ و ٤٠٩ [٢] .

= عن الاختيار ، حدد القاضى له اجلا ان طلب المدين ذلك ، فاذا انقضى الاجل انتقل الخيار الى المدين) . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة ، بناء على طلب محكمة مصر ، للنص على حالة تعدد المدينين أو تعدد الدائنين ولم يتفقوا على الاختيار ، واصبح النص بعد التعديل مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، واصبحت المادة رقمها ٢٨٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٦ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠ و ص ٤٢) .

(١) لم يكن التقنين المدنى السابق يشتمل على نص يبين الحكم فيما اذا رفض من له الخيار ، مدينا كان أو دائنا ، اعمال حق خياره ، أو كان من لهم الخيار متعددين ولم يتفقوا على أمر واحد . لذلك كان الحكم موكولا الى تطبيق القواعد العامة ، وتقضى هذه بأن يوكل أمر التعيين الى القضاء . وقد ورد فى الموجز للمؤلف (ص ٥٠٢) فى هذا الصدد ما يأتى : « فاذا انقضت مدة الخيار دون أن يستعمله صاحبه ، جاز للطرف الآخر أن يرفع الامر الى القضاء ، فيجبر من له حق الخيار على استعماله أو يقوم القضاء مكانه فى ذلك » . أنظر ايضا : والتون ٢ ص ٣٧٦ — الاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧١ — فقرة ١٧٠٣ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٣ .

أما التقنين المدنى الجديد فيقضى بهذا الحل ، كما رأينا ، فى حالة ما اذا كان الخيار للمدين ولم يختر أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم . أما اذا كان الخيار للدائن ولم يختر أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، فان التقنين المدنى الجديد يقضى بأن ينتقل الخيار فى هذه الحالة الى المدين. وانتقال الخيار الى المدين يقتضى نصا خاصا ، ومن ثم يكون هذا الحكم مستحدثا فلا يسرى الا على الالتزامات التخييرية التى نشأت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقضى التقنين المدنى الالمانى (م ٢٦٤) بأنه اذا لم يستعمل صاحب الخيار — دائنا كان أو مدينا — حقه فى الخيار ، انتقل الخيار الى الطرف الآخر .

(٢) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٧٦ =

فأمامنا اذن حالتان : حالة ما اذا كان الخيار للمدين وحالة ما اذا كان الخيار للدائن . وسواء كان الخيار للمدين أو للدائن ، فان التعيين

= (مطابقة للمادة ٢٧٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٣ (مطابقة للمادة ٢٧٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٩٩ : ١ — يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التى يكون فيها الخيار .

٢ — فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار فى المدة المحددة ، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . أما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار الى المدين .

م ٣٠٠ : خيار التعيين ينتقل الى الوارث .

(والتقنين المدنى العراقى يتفق فى احكامه مع أحكام التقنين المدنى المصرى ، غير أن التقنين العراقى لم يورد الحكم فيما اذا كان من لهم حق الخيار متعددين ولم يتفقوا فيما بينهم ، والظاهر أن الحكم الذى أورده التقنين المصرى هو الذى يسرى فى هذه الحالة . كذلك نص التقنين العراقى صراحة على أن خيار التعيين ينتقل الى الوارث ، وهذا هو حكم الفقه الاسلامى ، وهو حكم يتفق مع تطبيق القواعد العامة فيسرى فى مصر — أنظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٦٧ — فقرة ١٧١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٥٧ — يتم الاختيار بمجرد اخبار الفريق الاخر ، وعندما يتم يعد الشىء المختار كأنه موضوع الموجب فى الاصل .

م ٥٨ — اما اذا كان للموجب مواضيع تخييرية تستحق الاداء فى آجال موقوته (prestations périodiques portant sur des objets alternatifs) فان اختيار أحدها فى أجل لا يمنع صاحب الحق من اختيار غيره فى اجل آخر ، اذا كان لا يتحصل العكس من الصك الاساسى أو العادة المألوفة أو ما يرجح أنه مشيئة الطرفين .

م ٥٩ — اذا توفى الفريق الذى له حق الاختيار قبل أن يختار فان حقه ينتقل الى ورثته ، واذا اعلن عجزه (si elle tombe en état n'insolvabilité déclarée) يصبح حق الاختيار لجماعة الدائنين (masse des créanciers) واذا لم يتفق الوارثون أو الدائنون ، كان للفريق الآخر ان يطلب تحديد مهلة لهم حتى اذ انقضت أصبح حق الاختيار لهذا الفريق .

م ٦٠ — تبرأ ذمة المديون بأداء أحد الاشياء الموعود بها ، لكنه لا يستطيع اجبار الدائن على قبول جزء من هذا الشىء وجزء من ذاك . ولا يحق للدائن أن يطلب الا اداء أحد الاشياء برمته ، ولا يستطيع أجبار المدين على التنفيذ بأداء جزء من هذا وجزء من ذاك .

م ٦٤ — اذا امتنع المديون عن الاختيار ، أو كان ثمة مديونون لم =

متى تم يستند الى الماضى ، فيعتبر الالتزام التخييرى منذ البداية التزاما بسيطا ذا محل واحد هو المحل الذى تم اختياره . فنتكلم فى كل من هذه المسائل الثلاث .

= يتفقوا على الاختيار ، حق للدائن ان يطلب من القاضى تحديد مهلة لهم وتعيين الشىء الذى يجب أداؤه اذا لم يختاروا فى خلال هذه المهلة .

م ٦٥ — اذا كان الاختيار من حق الدائن وكان متأخرا عنه ، حق للفريق الآخر أن يطلب تعيين مهلة كافية للدائن ليتمكن من الجزم فى الامر ، فاذا انقضت المهلة قبل وقوع اختياره أصبح هذا الحق للمديون .

(وهذه النصوص وما تشتمل عليه من تفصيلات تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، بعضها نص عليه هذا التقنين ، وبعضها لا حاجة فيه الى النص اذ يمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة . لكن يلاحظ على نصوص التقنين اللبنانى أمران : ١ — قيام تعارض بين المادة ٥٩ وتقضى بأنه فى حالة عدم اتفاق ورثة المدين أو دائنيه على اختيار محل الالتزام ينتقل الخيار للدائن ، وبين المادة ٦٤ وتقضى بأنه فى حالة رفض المدين اختيار محل الالتزام أو عدم اتفاق المدينين المتعددين على اختياره يتولى القاضى تعيينه . ٢ — تقضى المادة ٥٩ بأنه اذا شهر اعسار الطرف الذى له حق الاختيار ، فان حقه فى الاختيار ينتقل الى جماعة الدائنين (masse des créanciers) وغنى عن البيان ان هذا اذا أمكن تصوره فى الافلاس حيث تندمج جماعة الدائنين فى اتحاد masse) يمثله السنديك ، فانه لا يمكن تصوره فى الاعسار اذ الدائنون لا يندمجون فى اتحاد ولا يمثلهم سنديك . ولكن التقنين صريح فى أن حق الاختيار فى حالة الاعسار يكون لجماعة الدائنين ، فيجب التسليم بأن هذا الحق ينتقل اليهم جميعا ، فان لم يتفقوا بعد تحديد مهلة لهم انتقل الحق الى الطرف الآخر كما تذكر المادة ٥٩) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٣٧ : ١ — يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التى يكون فيها الخيار ، فاذا أطلق الخيار بدون مدة حددت له المحكمة المدة المناسبة بناء على طلب أى من الطرفين .

٢ — واذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام أما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم انتقل الخيار الى المدين .

م ٣٣٩ : ينتقل خيار التعيين الى الوارث . (والتقنين المدنى الكويتى يتفق فى احكامه مع احكام التقنين المدنى المصرى ، غير ان التقنين الكويتى قد نص صراحة على ان خيار التعيين ينتقل الى الوارث ، وهذا هو حكم الفقه الاسلامى ، وهو حكم يتفق مع تطبيق القواعد العامة فيسرى فى مصر) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤٠٨ : ١ — يجب فى التصرف التخييرى تحديد مدة الاختيار ٢ — فاذا لم يحدد المتعاقدان مدة فى العقد أو انقضت المدة =

٩٥ ـ **التعيين اذا كان الخيار للمدين** : اذا كان الخيار للمدين ، فانه يستعمل خياره ، وفقا للقواعد العامة ، باعلان ارادته فى أنه اختار محلا معينا من المحال المتعددة لا لتزامه التخييرى . وهذه الارادة تعتبر تصرفا قانونيا من جانب واحد ، وهى ككل ارادة لاتحدث أثرها الا اذا وصلت الى علم الدائن (م ٩١ مدنى) . وقبل وصولها الى علم الدائن يستطيع المدين أن يعدل عنها الى ارادة أخرى يختار بها محلا آخر ، بشرط أن تصل هذه الارادة الاخرى الى علم الدائن قبل وصول الارادة الاولى . وكل هذا انما هو تطبيق للقواعد العامة (١) .

كذلك يستطيع المدين أن يكشف عن ارادته فى تعيين المحل الواجب الاداء عن طريق التنفيذ . فهو متى عمد الى تنفيذ محل من المحال المتعددة لالتزامه التخييرى ، اعتبر هذا التنفيذ ـ ولو كان تنفيذا جزئيا ـ بمثابة اعلان عن ارادته فى الاختيار . ويتعين على هذا النحو المحل الواجب الاداء ، ولايجوز عندئذ للمدين الا أن يمضى فى التنفيذ مادام قد بدأه ،

= المحددة لاحدهما دون أن يختار جاز للطرف الاخر ان يطلب من المحكمة تحديد مدة الخيار او محل التصرف .

م ٤٠٩ : ينتقل حق الاختيار الى الوارث . (والتقنين الاردنى يتفق فى عمومه مع أحكام التقنين المدنى المصرى ، غير أن التقنين المدنى الاردنى لم يورد الحكم فيما اذا كان من لهم حق الخيار متعددين ولم يتفقوا فيما بينهم ، كما انه لم ينص على انتقال الخيار الى المدين فى حالة ما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار رغم انقضاء الاجل الذى حدده القاضى واعطى للمحكمة تحديد محل التصرف ، أى سوى فى الحكم بين ما اذا كان الخيار للمدين او الدائن . كما نص التقنين الاردنى صراحة على ان خيار التعيين ينتقل الى الوارث ، وهذا هو حكم الفقه الاسلامى ، وهو حكم يتفق مع تطبيق القواعد العامة فيسرى فى مصر) .

(١) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨ ـ ص ٣٩ . ولا محل للبحث فيما اذا كان يجوز لدائنى المدين استعمال حقه فى الخيار اذا امتنع هو عن استعماله ، فالقانون يقضى بأن القاضى فى هذه الحالة يتولى الاختيار بنفسه . ولكن يجوز لدائنى المدين أن يطعنوا بالدعوى البوليصية فى اختيار المدين ـ والاختيار تصرف قانونى مفقر ـ اذا تواطأ مع الدائن اضرارا بحقوقهم وتوافرت شروط الدعوى البوليصية الاخرى .

ولايستطيع العدول عن تنفيذ محل الى تنفيذ محل آخر . وكالتنفيذ الفعلى العرض الحقيقى ، فاذا عرض المدين على الدائن عرضا حقيقيا ، وفقا للاجراءات المقررة ، أحد محال الالتزام التخييرى ، اعتبر هذا العرض اعمالا لحق الخيار . وحتى لو رجع المدين فى العرض ، بقى التعيين قائما ، باعتبار أن العرض قد تضمن التعيين النهائى لمحل الالتزام (١) .

---

(١) أنظر عكس ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٩ . ذلك أن الفقه الفرنسى يذهب الى أن المدين لا يستطيع استعمال خياره الا عن طريق تنفيذ احد محال الالتزام ، ولا يكفى أن يعلن ارادته فى الاختيار دون أن يسلم الى الدائن ما اختاره ، حتى لا تنتقل تبعة الهلاك الى الدائن بمجرد اعلان المدين ارادته فى اختيار محل الالتزام ، فان تبعة الهلاك فيما يجب نقل ملكيته ، فى القانون الفرنسى ، تكون على الدائن حتى قبل التسليم متى انتقلت اليه الملكية . والفقه الفرنسى ، فى مذهبه هذا ، يعتبر أن التخيير فى الالتزام التخييرى ينطوى على ضرب من الضمان للدائن يتوقى به أن يحمل تبعة هلاك الشىء ، فينبغى أن يؤتى هذا الضمان ثمرته ، ولا تنتقل تبعة الهلاك الى الدائن الا اذا تسلم فعلا الشىء الواجب الاداء . ومن ثم لا يستطيع المدين أن يعمل اختياره لهذا الشىء الا عن طريق التنفيذ الفعلى ، بأن يسلم الدائن الشىء الذى وقع عليه اختياره (لاورومبيير ٣ م ١١٩٠ فقرة ٣ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٨ — كولميه دى سانتير ٥ فقرة ١٢٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٩ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠١ ص ٥٨٨ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٩ — فقرة ٢٨٠ — عكس ذلك : هيك ٧ فقرة ٢٩١ — لوران ١٧ فقرة ٢٣٢) . وغنى عن البيان أن هذه الاعتبارات لا تقوم فى القانون المصرى ، فتبعة الهلاك قبل التسليم لا تنتقل الى الدائن عندنا حتى لو انتقلت اليه ملكية الشىء . فالقول بأن المدين يستطيع أن يختار باعلان ارادته وقبل التسليم ليس من شأنه ، فى القانون المصرى ، أن ينقل تبعة الهلاك الى الدائن ، بل تبقى التبعة على المدين حتى يتم التسليم . ومن ثم لا يوجد محظور فى القانون المصرى ، كما وجد فى القانون الفرنسى ، من القول بأن المدين يستطيع ان يعجل الخيار عن طريق اعلان ارادته ، فلا تزال تبعة الهلاك بعد ذلك عليه ، وبهذا يتوافر للدائن الضمان المنشود من الالتزام التخييرى . هذا الى أن القول بامكان استعمال الخيار عن طريق اعلان المدين لارادته هو الذى يتفق مع القواعد العامة ، وقد أخذ به التقنين المدنى الالمانى (م ٢٦٣) والتقنين المدنى الاسبانيولى (م ١١٣٢) .

ويثير بودرى وبارد فى هذه المناسبة مسألة تعيين المحل فى الالتزام بشىء غير معين بالذات (obligation de genre) فهل يتعين بالفرز وتنتقل الملكية من هذا الوقت ومعها تبعة الهلاك (فى القانون الفرنسى) الى الدائن ، أو لا يتعين المحل الا بالتسليم فلا تنتقل الملكية وتبعة الهلاك الا من ذلك الوقت ؟ فالقائلون بأن المحل يتعين بالفرز يسلمون بأن الالتزام يتحول =

ويغلب أن يحدد الطرفان ميعادا يستعمل فى خلاله الخيار • بل ان التقنين المدنى العراقى يوجب تحديد ميعاد ، فان الفقرة الاولى من المادة ٢٩٩ من هذا التقنين تنص على أنه « يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التى يكون فيها الخيار »فاذا حدد ميعاد ، وجب أن يعلن المدين اختياره فيه ، فاذا انقضى الميعاد دون أن يعلن المدين اختيـــاره ، تولى القاضى الاختيار على النحو الذى سنبينه • أما اذا لم يحدد ميعاد للاختيـــار ، فيكون للدائن ، اذا لم يعمل المدين حق خياره فى وقت معقـــول (١) ، أن يلجأ الى القاضى ليحدد أجلا للمدين يختار فيه ، بحيث اذا انقضى هذا الاجل ولم يختر المدين ، تولى القاضى الاختيار بنفسه كما سيأتى •

وعلى أية صورة أعمل المدين حق الخيار ، فان خياره يجب أن يقع على واحد من المحال المتعددة لالتزامه التخييرى ، ولايجوز أن يعدوها جميعا الى شىء آخر • ويجب ، الى ذلك ، أن يختار واحـــدا بأكمله من هذه المحال ، فلا يجوز أن يختار جزءا من أحدها وجزءا من محل آخر ، فان هذا التلفيق تأباه طبيعة الالتزام التخييرى • وقد نص التقنين المدنى الفرنسى على هذا الحكم ، اذ تقول المـــادة ١١٩٩ من هـــــذا التقنين :

= قبل تنفيذه الى التزامبشىء معين بالذات ،والقائلون بأنالمحل يتعين بالتسليم يأبون أن يتحول الالتزام مادام قائما عن طبيعته فيصبح التزاما بشىء معـــين بالذات (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ ! — ويذهب اهرنج : أعمال مختاره ١ ص ١٤١ — الى أن المحل لا يتعين الا بالتسليم • ولكن الفقهاء الالمان بعـــد اهرنج ذهبوا الى أن الفرز هو الذى يعين المحل ولو تم قبل التسليم : بودرى وبارد ٢ ص ٢١٨ هامش رقم ٣) • ومهما يكن من أمر شأن مســـألة تعيين محل الالتزام بشىء غير معين بالذات غير مسألة تعيين محل الالتزام التخييرى، ولا يتحتم أن تقاس المسالة الثانية على المسألة الاولى فقـــد يصح أن يقال ان الالتزام بشىء غير معين بالذات يبقى علىطبيعته مادامالتزاما قائما ، أما الالتزام التخييرى فلا يوجد مانع من وقوعه على محل معين بالذات ، فلو كانهذاالمحل المعين بالذات هو الذى وقع عليه الاختيار ، لم يكن من شأن هذا التعيين أن يقلب طبيعة الالتزام ، فالالتزام منذ البداية محله معين بالذات • على أناهرنج، وهو القائل بوجوب التسليم لتعيين محل الالتزام بشىء غير معين بالذات ، يقول فى الوقت نفسه ان اعلان المدين ارادتـــه يكفى لتعيين محـــل الالتزام التخييرى (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ ص ٢٢٠ — ص ٢٢١) •

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ الاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقـــرة ٦٩٣ •

« يستطيع المدين الوفاء بالتزامه بتسليمه أحد الشيئين المتعهد بهما ، ولكنه لايستطيع اجبار الدائن أن يتسلم جزءا من أحد هذين الشيئين وجزاء من الشيء الآخر » (١) • وهذا الحكم بديهى ، ويمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة دون حاجة الى نص (٢) •

واذا كان الالتزام التخييرى التزاما زمنيا أو التزاما ينفذ فى آجال دورية ، كما اذا تعهد مورد الاغذية أن يورد أغذية لاحدى المدارس أو لاحد المستشفيات فى مواعيد دورية ، على أن يترك له الخيار فى توريد صنف أو أكثر من أصناف متعددة من الاغذية ، فانه يجوز للمورد أن يختار أصنافا معينة فى أجل من هذه الآجال الدورية ، ثم يختار أصنافا أخرى غير الاصناف التى اختارها أولا فى أجل آخر ، وهذا ما لم يتبين من ارادة الطرفين أو من ظروف التعاقد أنه متى اختار صنفا معينا فى أجل تقيد به فى الآجال التالية • وهذا الحكم أيضا بديهى يمكن استخلاصه دون نص من تطبيق القواعد العامة ، وقد نص عليه صراحة تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (٣) •

واذا مات المدين قبل أن يعمل خياره ، انتقل حق الخيار الى الورثة،

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : art. 1199 : Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises, mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre.

وانظر ايضا المادة ٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى •

(٢) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي مايأتى : « وقد عنى التقنين البولونى بتقرير حكم آخر .. فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢ على انه لا يجوز للدائن او المدين أن يقتصر على الوفاء بشق من أحد محلى التخيير وشق من المحل الآخر : أنظر كذلك المادة ١١٩١ من التقنين الفرنسى والمادة ٦٠ من التقنين اللبنانى والمادة ١٢١ من المشروع الفرنسى الايطالى والمادة ٥٦/٤٦ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ١١٧٧ من التقنين الايطالى » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨) •

(٣) أنظر المادة ٥٨ من هذا التقنين • وأنظر توليبه ٦ فقرة ٦٩٣ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٢ — لوران ١٧ فقرة ٢٤٤ — هيك ٧ فقرة ٢٩١ — اوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨٠ — وقارن ديرانتون ١١ فقرة ١٤١ •

وليس فى هذا الا تطبيق للقواعد العامة (١) • وقد نص على هذا الحكم صراحة كل من التقنين المدنى العراقى (م ٣٠٠) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٥٩) • واذا تعدد المدينون ، سواء عن طريق تعدد الورثة أو بأن كان المدنيون فى الاصل متعددين ، وجب أن يتفق الجميع على اختيار أحد محال الالتزام التخييرى ، فاذا لم يتفقوا ، اعتبروا فى حكم الممتنعين عن اعمال حق الخيار •

وحكم امتناع المدين عن اعمال حق الخيار هو ما قررته العبارة الاخيرة من الفقرة الاولى من المادة ٢٧٦ مدنى (٢) : أن يتولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام فالدائن يطلب الى القاضى أولا تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون اذا تعددوا أصلا أو تعددت الورثة • فاذا انقضى هذا الاجل دون ان يختار المدين أو دون أن يتفق المدينون أو الورثة ، تولى القاضى بنفسه اختيار المحل الواجب الاداء ، مسترشدا فى ذلك بارادة الطرفين المشتركة ، وبخاصة ارادة المدين اذا كان يستطيع وحده أن ينفرد بالاختيار ولم يفعل ، ومسترشدا أيضا بظروف التعاقد وبغير ذلك من الملابسات • ولاينتقل الخيار هنا الى الدائن ، حتى لا يوضع المدين تحت رحمته (٣) • وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للدائن وأبى أن يعمل حقه فيه ، فسنرى أن الخيار فى هذه الحالة ينتقل الى المدين ، اذ يغتفر من تحكم المدين مالا يغتفر من تحكم الدائن (٤) •

---

(١) وقد رأينا ان خيار التعيين فى الفقه الاسلامى ينتقل الى الورثة بعد موت المدين (انظر آنفا فقرة ٨٤ فى الهامش) .

(٢) انظر ايضا المادة ٦٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، وقارن المادة ٥٩ من نفس التقنين .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧١ ـ والتون ٢ ص ٣٧٦ ـ الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ ـ ويرى بيدان ولاجارد (جزء ٨ فقرة ٨٠١ ص ٥٨٨) انه فى حالة تعدد الورثة يؤخذ اولا بأغلبية الآراء ، فان لم توجد اغلبية تولى القاضى التعيين . ويقضى التقنين المدنى الالمانى (م ٢٦٤) كما رأينا بأن الخيار ينتقل الى الدائن .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص =

٩٦ — التعيين اذا كان الخيار للدائن : وما قدمناه من الاحكام فيما اذا كان الخيار للمدين يسرى ، فيما عدا مسائل قليلة ، على الحالة التى يكون فيها الخيار للدائن ، اذا كان مشتريا مثلا ، واحتفظ لنفسه بحق اختيار شىء اشتراه من بين عدة أشياء ، بأن تكون هذه الاشياء من أصناف أو أحجام أو أو ألوان مختلفة ويريد أن ينتقى الصنف أو الحجم أو اللون الذى يلائمه فيستطيع أن يعمل خياره عن طريق ارادة يعلنها الى المدين ، وتحدث أثرها عندما تصل الى علم المدين فيتعين المحل الواجب الاداء ، وله أن يرجع فيها ، يحل محل الاختيار الأول اختيار اخر اذا وصل هذا الاختيار الآخر الى علم المدين قبل وصول الاختيار الأول : وبمجرد أن تصل اردة الدائن الى علم المدين ، فان المدين يصبح فى حل من التصرف فى سائر محال الالتزام التى لم يقع عليها اختيار الدائن ، ولايحتجز الدائن

= نص المادة ٢٧٦ مدنى مايأتى : « يتناول هذا النص حكم امتناع من يعهد اليه بالاختيار عن استعمال حقه . فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الافصاح عن رأيه ، ضرب له القاضى اجلا يختار فيه . وللقاضى أن يعين فى الحكم نفسه ما يلزم المدين بالوفاء به من بين ما يرد التخيير عليه ، فيما لو امتنع المدين عن الاختيار فى هذا الاجل . وقد يعترض بأن القاضى فى هذا الوضع يخرج عن حدود المألوف فى وظيفته ، ويقيم نفسه مقام المدين فى تنفيذ التزامه . بيد أن مثل هذا الاعتراض غير ظاهر الوجاهة ، فقد تقدم ان القاضى يتدخل فى تنفيذ العقود ، بل وفى تكوين بعضها ، اذا اقتضت ذلك ضرورة قاهرة او ملحة . والحق أن تدخل القاضى فى هذه الحالة بخصوصها حتم لا محيص عنه ، فليس فى الوسع خلع حق الخيار عن المدين واسناده الى الدائن ، لان ذلك يفضى الى تحكم الثانى فى الاول خلافا لما تقضى به قاعدة ترجيح جانب المدين عند الشك . أما اذا كان الخيار ، على نقيض ذلك ، موكولا الى الدائن وامتنع عن مباشرة هذا الحق ، حتى فى الاجل الذى حدده القاضى له ، فليس ثمة ما يحول دون اسناد الخيار الى المدين . هذا وقد يتعدد من يعهد اليهم بالخيار ، كما هو الشأن فى تعدد المدينين أو خلفاء المدين ، أو تعدد الدائنين أو خلفاء الدائن ، وفى هذه الحالة يتعين اتفاق أولئك او هؤلاء جميعا على الخيار والا تولاه القاضى . وقد استظهرت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٢ من المشروع الفرنسى الايطالى هذا الحكم فنصت على أنه (اذا كان الخيار لاشخاص متعددين ، فللقاضى أن يضرب لهم اجلا للاتفاق واعلان اختيارهم ، فان لم يعلنوا ذلك فى خلال الاجل المحدد ، تولى القاضى الاختيار » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤١) .

الا المحل الذى وقع عليه الاختيار (١) •

كذلك يستطيع الدائن أن يعمل حقه فى الخيار عن طـــريق التنفيذ الفعلى ، بأن يقبض من المدين محلا معينا من المحال المتعددة أو يطالبه بأداء محل معين • ويعتبر التنفيذ الجزئى — بأن يقبض جزءا من محل معين مثلا — بمثابة التنفيذ الكلى من حيث اعمال حق الخيار ، فلايستطيع الدائن بعد أن قبل التنفيذ الجزئى فى محل معين الا أن يمضى فى التنفيذ الى غايته فى نفس هذا المحل •

ولا بد أن يختار الدائن فى الميعاد المحدد اذا حدد ميعاد ، والا ففى ميعاد معقول • فان امتنع عن الاختيار ، جاز للدائن أن يلجأ الى القضاء على الوجه الذى سنبينه •

كذلك يجب أن يختار الدائن محلا من المحـــــال المتعددة للالتزام التخييرى ، فلا يختار شيئا آخر خارجا عن هذا النطاق • وليس له أن يختار جزءا من محل وجزءا من محل آخر،حكمه فى ذلك حكم المدين الذى يكون له الخيار •

واذا كان الالتزام التخييرى زمنيا او ينفذ فى آجال دورية ، جـــاز للدائن — المدرسة أو المستشفى فى مثل مورد الاغذية الذى سبق ايراده — أن يختار صنفا فى أجل وصنفا آخر فى أجل بعده ، على النحـــو الذى بيناه فى حالة ما اذا كان الخيار للمدين •

واذا مات الدائن انتقل الخيـــار لورثته • واذا تعدد الدائنون أو تعددت الورثة وجب أن يتفق الجميع على اختيار شىء واحد ، والا عدوا ممتنعين عن استعمال حق الخيار •

---

(١) والفقه الفرنسى هنا يسلم بجواز ان يعمل الدائن حق الخيـــار عـــن طريق اعلان ارادته ، فان امتناع هذا الطريق على المدين اذا كان هو الـــذى له الخيار انما تقرر رعاية لمصلحة الدائن حتى لا يكون هناك انتقاص للضمان الذى قصد اليه من الالتزام التخييرى ، أما اذا كان الدائن هو الذى له الخيار واختار عن طريق اعلان ارادته فلابد أن يكون قد اختار طريقا لا يتعارض مع مصلحته (لوران ١٧ فقرة ٢٣٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٧ — ومع ذلك أنظر ديمولومب ٦٢ فقرة ٤٩ — وقارن كذلك انسيكلوبيدى داللون ٣ لفـــظ Obligation فقرة ٥٥) •

وحكم امتناع الدائن عن استعمال حق الخيار هو ما قررته العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٦ (١) : أن ينتقل الخيـــــار الى المدين • فالمدين يطلب من القاضى أولا أن يعين أجلا يختار فيه الدائن ، أو يتفق فيه الدائنون المتعددون أو الورثة ، فاذا انقضى الأجل دون أن يختار الدائن أو دون أن يتفق الدائنون المتعددون أو الورثة ، فهنا — خلافا للحالة التى يكون فيها الخيار للمدين على ما قدمنا — ينتقل الخيار من الدائن الى المدين ، وهذا بموجب نص صريح فى التقنين المـدنى المصرى (٢) • ولو لم يوجد هذا النص ، لما أمكن تقرير هذا الحكم ، ولوجب — كما هو الامر فى القانون الفرنسى (٣) — أن يتولى القــاضى هنا أيضا الاختيار بنفسه (٤) •

ويلاحظ أن الخيــار اذا كان لأجنبى ، طبقت فى حقه الأحـــكام المتقدمة • لكن اذا امتنع الأجنبى عــن الخيار ، تولى القاضى الاختيار بنفسه تطبيقا للقواعد العامة ، ولا ينتقل الخيار الى المدين لأن انتقال الخيار الى من ليس له حق الخيار يقتضى نصا خاصا ، فان لم يوجـد النص وجب أن يتولى القضاء الاختيار •

---

(١) أنظر أيضا المادة ٦٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى •

(٢) وقدنزل التقنين المصرىالجديد فى ذلكعند القاعدة التى تنصبأنيكون التفسير عند الشك فى مصلحة المدين ، كما نزل عند هذه القاعدة ذاتها عندما قضى بأن يكون الخيار للمدين اذا لم ينص العقد أو القانون على من يكون لـه الخيار (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٦) •

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٢ — قارن لوران ١٧ فقرة ٢٣٩ — عكس ذلك ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١ •

(٤) وكان القاضى هو الذى يتولى الاختيار بنفسه فى عهد التقنين المدنى السابق وقد خلا هذا التقنين من نص على انتقال الخيار من الدائن الى المدين (أنظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٦٩٣ ، وأنظر آنفا فقرة ٩٤ فى الهامش) • وقد سبق أن ذكرنا أن العبرة فى سريان التقنين الجديد بوقت نشوء الالتزام ، فان نشأ الالتزام التخييرى الذى يكون فيه الخيار للدائن قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وامتنع الدائن عن اعمال حقه فى الخيار ولو وقع الامتناع بعد هذا التاريخ ، فالتقنين الســابق هو الذى يسرى ويتولى القاضى تعيين محل الالتزام بنفسه • • أما اذا نشــأ الالتزام فى وقت غير سابق على ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين الجديد هو =

٩٧ — استناد تعيين المحل الى الماضى : وأيا كان الشخص الذى يثبت له حق الخيار ، فانه متى أعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذى قدمناه ، صار هذا المحل وحـــده هو محـــل الالتزام ، وانقلب الالتزام التخييرى التزاما بسيطا ذا محل واحد هو المحل الذى وقع عليه الاختيار (١) •

ويستند هذا التعيين بأثر رجعى الى الماضى ، أى أن المحل الذى وقع عليه الاختيار يعتبر منذ نشوء الالتزام هو المحل الوحيد ، ويعتبر الالتزام بسيطا لا تخييريا منذ نشوئه لا منذ اعمال حق الاختيـــار •

= الذى يسرى وينتقل الخيار من الدائن الى المدين (انظر آنفا فقرة ٩٤ فى الهامش) • وقد قدمنا أن التقنين المدنى الالمانى (م ٢٦٤) يجعل الخيـار ينتقل من الدائن الى المدين ومن المدين الى الدائن على حد سواء •

(١) وقد يقع من له حق الاختيار — المدين أو الدائن — فى غلط ، فيؤدى أو يستأدى شيئا وهو جاهل أن له حق الخيار فى تأدية او استئداء هذا الشىء او فى تأدية أو استئداء شىء اخر غيره •

فيقع الغلط من المدين فيما اذا كان وارثا مثلا لمدين بالتزام تخييرى وهو يعتقد أن التزام مورثه التزام بسيط ذو محل واحد ، فيؤديه للدائن ، ثم ينكشف له الغلط ، ففى هذه الحالة يجوز له — اذا اختار أن يؤدى الشىء الآخر — أن يسترد من الدائن الشىء الذى سبقت له تأديته فى مقابل أن يؤدى له الشىء الذى اختار أداءه (توليبه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١) • على أن الدائن اذا كان قد قبض الشىء الاول وهـــو حسن النية ، ثم باعة ، فان المدين لايسترد الا الثمن بشرط أن يزيد هـــذا الثمن على قيمة الشىء الثانى الذى اختار المدين أداءه (توليبه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١) أمـــا اذا كـــان الوارث الذى وقع فى الغلط اعتقد أن الواجب هو أداء الشيئين معا ، بـأن ظن أن الالتزام متعدد المحل وليس بتخييرى ، كان من حقه بعد أن ينكشف له الغلط أن يسترد أيا من الشيئين يختاره • فاذا كان أحد الشيئين قد هلك فى يد الدائن بسبب اجنبى ، لم يعد للمدين ان يسترد الشىء الاخر فقـــد تركزت الالتزام فيه (توليبه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومت ٢٦ فقرة ٥٧ — فقرة ٥٩ — لوران ١٧ فقرة ٢٢٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص ٢٢١) •

ويقع الغلط من الدائن فيما اذا اعتقد — هو أو وارثه — أن الالتزام بسيط وأن الشىء الذى اداه له المدين هو المحل الوحيد للالتزام ، وكان يجهـل ان الالتزام تخييرى وأن له (أى الدائن) حق الخيار • فمتى انكشف له الغلط ، جاز — اذا اختار الشىء الاخر — ان يرد الشىء الذى أداه له المدين ، وان يطالب بأداء الشىء الذى اختاره هو (لاروميبير ٣ م ١٩٠ فقرة ٦ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص ٢٢٠) •

وليس هذا الاستناد الى الماضى يرجع الى أن المحل المعين كان محـــلا للالتزام معلقا على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار ، فقد قدمنا أن الالتزام التخييرى ليس بالتزام شرطى (١) وانما يرجع الاستناد الى أن المحل الذى عين كان منذ البداية محلا للالتزام ، الا أن هذه المحلية كانت شائعة بينه وبين المحال الأخرى ، فبتعيينه تركزت المحلية فيه ، واعتبر هو المحل الوحيد منذ نشوء الالتزام • وهذا ما يسميه الفقه الالمانى بالتركز (concentration) ويفسرون بـــه الاستناد الى الماضى ، مفرقين بين الالتزام التخييرى والالتزام الشرطى • فعند الألمان ليس للشرط بوجه عـــام أثر رجعى • كما قـــدمنا ، أما التعيين فى الالتزام التخييرى فله أثر رجعى (٢) •

ويترتب على هذا الأثر الرجعى والاستناد الى الماضى نتائج هامة نذكر منها ما يأتى :

١ ــ تتحدد طبيعة الالتزام التخييرى منذ البداية بالتعيين الذى سيتم بعد نشوء الالتزام ، والذى يستند الى وقت نشوئه • فاذا كانت محال الالتزام التخييرى بعضها عقار وبعضها منقول أو بعضـــها قابل للتجزئة وبعضها غير قابل لها ، ثم تعين من بينها المحل الواجب الاداء فاذا هو عقار مثلا أو هو شىء غير قابل للتجزئة ، اعتبر الالتزام التخييرى منذ البداية التزاما بسيطا عقاريا أو التزاما بسيطا غير قابل للتجزئة (٣) •

٢ ــ اذا كانت محال الالتزام التخييرى نقل ملكية أشياء متعددة ،

---

(١) ويقول بالالتزام الشرطى ماركادية ٤ فقرة ١١٨٩ • وانظر أيضـــا بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠٢ ــ بلانيول وريبير وبولانجيــــه ٢ فقرة ٦٧٨ ص ٤٦٢ •

(٢) سالى بحث فى النظرية العامة للالتزام فى القانون الألمانى فقرة ١٠ ص ١٠ ــ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٤ ــ جوسران ٢ فقرة ٧٤٦ ــ الاســـتاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩١ ص ٢٦٩ ــ وانظر عكس ذلك فى ان التعيين لا يستند الى الماضى وليس له أثر رجعى : لوران ١٧ فقرة ٢٤٠ ــ فقرة ٢٤١ ــ هيك ٧ فقرة ٢٩١ ــ دى باج ٣ فقرة ٢٧٧ وفقرة ٢٨١ ــ فقرة ٢٨٢ ــ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤١٠ ــ الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٨ •

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٥ •

ووقع الاختيار على شيء واحد من هذه الأشياء ، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كما في المنقول المعين بالذات ، فان ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ اعمال حق الخيار ، ويعتبر الدائن مالكا للشيء منذ البداية (١) .

٣ – اذا شهر افلاس المدين أو اعساره في الفترة ما بين نشوء الالتزام واعمال حق الخيار ، فما دام الدائن يعتبر مالكا للشيء منذ نشوء الالتزام ، فأنه يستطيع أن يسترده من التفليسة أو من مال المعسر دون أن يشاركه فيه سائر دائني المدين (٢) .

٤ – اذا تصرف الدائن في الشيء في الفترة ما بين نشوء الالتزام واعمال حق الخيار ، ثم وقع الاختيار على هذا الشيء ، اعتبر الدائن أنه قد تصرف في ملكه منذ تاريخ هذا التصرف . واذا كان الشيء عقارا

---

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٧٦ – انظر عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٢٢١ – فقرة ٢٢٣ – توليبيه ٦ فقرة ٦٩٥ – لارومبيير ٣ م ١١٩٣ – ١١٩٤ فقرة ٢ .

والظاهر أن نقل الملكية في خيار التعيين في الفقه الاسلامي يستند الى الماضي في حالة ما اذا كان الخيار للمشتري أي للدائن . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١ – ص ٢٦٢) في خصوص ما اذا كان الخيار للمشتري : « فحكمة ثبوت الملك للمشتري في أحد المذكورين غير عين .. والاخر يكون ملك البائع أمانة في يده اذا قبضه لأنه قبضه باذن المالك لاعلى وجه التمليك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة .. ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوت ، ان تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لانه تبين أنه تصرف في ملك غيره ، وأن تعين ما تصرف فيه للامانة نفذ تصرفه لانه ظهر أنه تصرف في ملك نفسه فينفذ » . أما في خصوص ما اذا كان الخيار للبائع ، فالظاهر أن الخيار يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في أي من الشيئين . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦٣) في هذا الصدد : « فلا يجوز للمشتري أن يتصرف فيهما ولا في أحدهما ، لأن أحدهما ليس بمبيع بيقين والاخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه ، ولو تصرف البائع في احدهما جاز تصرفه فيه ، ويتعين الاخر للبيع ، وله خيار الالزام فيه والفسخ . ولو تصرف فيهما جميعا ، جاز تصرفه فيهما ، ويكون فسخا للبيع ، لان تصرفه فيهما دليل لقرار الملك فيهما فيتضمن فسخ البيع كما في المبيع العين

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧ ص ٢٢٧ .

وسجل التصرف قبل اعمال حق الخيار ، انتقلت الملكية الى المتصرف اليه بالتسجيل وفى تاريخ سابق على اعمال حق الخيار (١) .

٢ ـ أحكام الهلاك

٩٨ ـ النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسئولا عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء ، كان ملزما بأن يدفع قيمة آخر شىء استحال تنفيذه » (٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق فيض من النصوص تبسط فيها هذا التقنين ، مفصلا أحكام تحمل تبعة الهلاك ، وهى المواد ١٥١/٩٧ و ١٥٣/٩٩ و ١٥٤/١٠٠ (٣) .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧ ص ٢٢٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا خلافا لفظيا طفيفا . وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلا لفظيا فتمت المطابقة ، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٧ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣ و ص ٤٦) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ١٥١/٩٧ : اذا صارت احدى الكيفيات المعينة للتنفيذ غير ممكن الحصول عليها ، فيكون قاصرا على الكيفية الممكن تنفيذ التعهد بها .

م ١٥٣/٩٩ : اذا كان الخيار للمتعهد له وصار طريق من طرق الوفاء غير ممكن بتقصير المتعهد ، فللمتعهد له الخيار بين طلب الوفاء بالطريق الممكن وبين طلب التعويض المترتب على عدم الوفاء بالطريق الآخر .

م ١٥٤/١٠٠ : واذا صار الطريقان المعينان للوفاء غير ممكنين بتقصير المتعهد ، فحق الخيار للمتعهد له لم يزل باقيا بين التعويضين المعينين لعدم الوفاء .

(وهذه حالات مختلفة، أجرى عليها التقنين المدنى السابق القواعد العامة فانتهى الى حلول يمكن الاخذ بها دون نص . ولاتزال هناك حالات أخرى سكت =

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٧ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٠١ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٦١ — ٦٣ و ٦٦ — ٦٧ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المـادة ٣٣٨ ، وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٤١٠ (١) .

= عنها التقنينان القديم والجديد لوضوحها من حيث تطبيق القواعد العامة . الا ان الحالتين اللتين أوردهما التقنين الجديد — ولم يعـرض لهما التقنين القديم — هما الحالتان الجديرتان بالذكر ، لان الحل الذى ينتهى اليه فيهمـا تطبيق القواعد العامة فى حاجة الى التجلية والبيان) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٧٧ (مطابقة للمادة ٢٧٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٤ (مطابقة للمادة ٢٧٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٠١ : اذا كان خيار التعيين للمدين ، وهلك احد الشيئين فى يده ، كان له ان يلزم الدائن بالثانى ، فان هلكا معا انفسخ العقد . واذا كان المدين مسئولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشيئين، فيكون ملزما بدفع قيمة اخر شىء هلك .

(والتقنين العراقى عرض للصورة التى عرض لها التقنين المصرى ، وجعل لها نفس الحل . واضاف صورتين اخريين طبق فيهما القواعد العامة ، فانتهى الى حلول يمكن الآخذ بها فى مصر دون نص . انظر الاستاذ حسن الذنون فى احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٧٢ — فقـرة ١٧٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦١ : اذا كان احد المواضيع وحده قابلا التنفيذ ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة (هذا الحـكم يتفق مع المبادىء العامة ويمكن تطبيقه فى مصر) .

م ٦٢ : يسقط الموجب التخييرى اذا اصبحت مواضيع الموجب كلهـا مستحيلة فى وقت واحد بدون خطأ من المديون وقبل تأخره (هذا الحكم يتفق ايضا مع المبادىء العامة ويمكن تطبيقه فى مصر) .

م ٦٣ : اذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة فى وقت واحـد، بخطأ من المديون أو بعد تأخره ، أمكن الدائن ان يطالبه بثمن ما يختاره من تلك المواضيع (هذا الحكم يتفق ايضا مع المبادىء العامة ويمكن تطبيقه فى مصر) .

م ٦٦ : اذا حدث فى الحالة المشار اليها فى المادة السابقة (الخيار للدائن) أن تنفيذ أحد مواضيع الموجب أصبح مستحيلا بخطأ من المديون أو بعد تأخره ، حق للدائن أن يطالب بالموضوع الذى بقى ممكنا أو بأداء عوض =

ويتبين من النص السالف الذكر أن التقنين المدنى المصرى اقتصر على ايراد الحكم فى صورة واحدة من صور استحالة تنفيذ بعض أو كل الاشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام التخييرى • وقــد ورد فى المذكرة الايضــــاحية للمشروع التمهيدى ، بيانا لذلــك ، ما يأتى : « يواجه هذا النص حكم استحالة تنفيذ أمر أو أكثر من الامور التى يرد التخيير عليها • ورغم أن هذا الحكم محدود الأهمية من الناحية العملية، فقد جرت التقنينات اللاتينية على الاسهاب بشأنه ، فأوردت نصوصا كثيرة ليست فى جملتها الا تطبيقات بينة للقواعـــــد العامة • على أن المشروع لم ير مجاراة هذه التقنينات ، بل اجتزا بنص واحد واجه فيه فرضا ليس لتطبيق القواعد العامة فيه حظ موفور من الوضوح » (١) •

= يناسب الضرر الناجم عن استحالة تنفيذ ذلك الموضوع (يتفق هذا النص الحكم مع المادة ١٥٣/٩٩ من التقنين المدنى المصرى السابق ، ويتفق ايضا مع المبادى العامة فيمكن تطبيقه فى مصر) •

م ٦٧ : اذا أصبح تنفيذ مواضيع الموجب مستحيلا بخطا الدائن ، يعـد كانه اختار هذا الموضوع ، فلا يمكنه أن يطالب بما بقى ممكنا من المواضيع (كان تطبيق القواعد العامة يقضى بأن الدائن فى هذه الحالة يختار بين أن يعتبر نفسه قد اختار المحل الهالك وبين أن يطالب بالشىء الباقى مع دفـــع تعويض عما تسبب فى هلاكه بخطاه • وهذا هو الحل الواجب الاتباع فى مصر ، مادام التقنين المصرى لا يتضمن نصاكنص التقنين اللبنانى) •

التقنين المدنى الكويتى م ٢٢٨: ١ ـ اذا كان خيار التعيين للمدين وهلك أحد الشيئين فى يده كان له أن يلزم الدائن بالشىء الثانى ، فان هلكا جميعـــا انقضى الالتزام ٢٠ ـ واذا كان المدين مسئولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق باحد الشيئين كان ملزما ان يدفع قيمة آخر شىء هلك • (والتقنين المدنى الكويتى عرض للصورة التى عرض لها التقنين المدنى المصرى ، وجعل لها نفس الحل• واضاف صورتين أخريين طبق فيهما القواعد العامة ، فانتهى الى حلـــول يمكن الاخذ بها فى مصر دون نص) •

التقنين المدنى الاردنى م ٤١٠ : ١ ـ اذا كان الخيار للمدين وهلك أحد الشيئين فى يده كان له ان يلزم الدائن بالثانى وان هلكا معا بطل العقـد ٢٠ ـ فاذا كان المدين مسئولا عن الهلاك ولو بالنسبة الى احد هذه الاشياء كان عليه أن يدفع قيمة آخر ما هلك منها • (والتقنين المدنى الاردنى ساير التقنين المدنى العراقى والتقنين المدنى الكويتى فى ايراد ثلاثة صور احداهما الصورة التى عرض لها التقنين المدنى المصرى وصورتين آخريين اورد لها حلولا تتفق مع القواعد العامة ويمكن الاخذ بها فى مصر دون نص) •

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣ ـ ص ٤٤ •

ويحسن أن نستعرض الصور المنطقية لحالة ما اذا استحال تنفيذ كل أو بعض الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها الالتزام التخييرى ، مطبقين فى كل صورة منها القواعد العامة لنصل الى الحل الواجب الاتباع فى مصر ، وستأتى الصورة التى عرض لها النص ضمن هذه الصور .

وتوخيا للوضوح نفرض أن هذه الأشياء المتعددة هما شيئان معينان بالذات ، وأن عينا منهما أو الاثنين معا قد هلكا . وما نقوله فيما اذا كان المحل أحد عينين معينين بالذات يصلح لما اذا كان المحل يشمل أكثر من عينين أو يشمل عملا أو امتناعا عن عمل . ومن ثم نحصر الصور المنطقية فيما يأتى : ١ ـ هلاك الشيئين معا بسبب أجنبى ، سواء كان الخيار للمدين أو الدائن . ٢ ـ هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للمدين . ٣ ـ هلاك الشيئين أو احدهما والخيار للدائن . وفى الصورتين الأخيرتين المفروض طبعا أن نستبعد من كل منهما حالة ما اذا هلك الشيئان معا بسبب أجنبى ، فهذه حالة قد استغرقتها الصورة الأولى .

٩٩ ـ هلاك الشيئين معا بسبب أجنبى : هذه الحالة نتخفف منها منذ البداية ، لان تطبيق القواعد العامة فيها واضح كل الوضوح . فما دام الشيئان ـ أو الاشياء جميعا ـ قد هلكت بسبب أجنبى ، فقد استحال تنفيذ الالتزام ، وانقضى الالتزام التخييرى بسبب هذه الاستحالة (م ٣٧٣) مزنى ، سواء فى ذلك كان الخيار للمدين أو كان الخيار للدائن (١) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ١١٩٥ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « اذا كانت استحالة التنفيذ راجعة الى سبب أجنبى ، انقضى الالتزام ، وفقا للقواعد العامة ، متى شملت هذه الاستحالة جميع الامور التى يرد التخيير عليها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١) . وفى مكان آخر : « وان كان التخيير للدائن ، واستحال تنفيذ جميع مايرد التخيير عليه من جراء سبب أجنبى ، انقضى الالتزام طبقا =

١٠٠ — هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للمدين : نستبعد بداهة حالة ما اذا هلك الشيئان معا بسبب أجنبى ، فقد مضى القول فيها . وتبقى اذن الصور الآتية :

١ — هلاك أحد الشيئين دون الآخر بسبب أجنبى : مقتضى تطبيق القواعد العامة أن الالتزام يتركز محله فى الشىء الباقى ، فليس للمدين الا أن يختاره اذ ليس أمامه غيره (١) . واذا شمل المحل عدة أشياء هلك

= للقواعد العامة ، كما هو الشأن عند تخويل المدين خيار التعيين » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

وينقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ فى الصورة التى نحن بصددها سواء هلك الشيئان معا فى وقت واحد ، او هلك احدهما بعد هلاك الاخر . والفرق بين هاتين الحالتين لا أهمية له من الناحية العملية ، فقد قدمنا أن الالتزام ينقضى فيهما معا . غير انه من الناحية النظرية يصبح الالتزام بسيطا ، فى الحالة الثانية ، بهلاك احد الشيئين ، ثم ينقضى بهلاك الشىء الاخر . أما فى الحالة الاولى فينقضى الالتزام وهو تخييرى دون أن يصبح بسيطا قبل نقضائه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨٢ ص ٢٣٢ هامش رقم ٢) .

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ٩٧/١٥١ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٣ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد مايأتى : « أما اذا اقتصرت الاستحالة على احد محلى التخيير ، فيسقط خيار المدين ، ولايكون له الا الوفاء بالاخر ، وليس ثمة معدى عن امضاء هذا الحكم ، فهو حتم تقتضيه طبيعة الاشياء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

على أنه يمكن التساؤل عما اذا كان يحق للمدين فى هذه الصورة أن يختار بين الوفاء بالشىء الباقى وبين دفع قيمة الشىء الهالك ، ولكن يعترض على هذا الحل بأنه لو سلم به لوجب ، فيما اذا هلك الشىء الباقى هو ايضا بسبب أجنبى ، أن يفى المدين بقيمة أى من الشيئين يختاره مع أن ذمته تبرأ عند هلاك الشيئين بسبب أجنبى ولو هلكا على التوالى كما تقدم القول . بقى أن يقال أن المدين يرى نفسه مضطرا أن يفى بالشىء الباقى مع احتمال اختياره للشىء الهالك لو لم يهلك بسبب أجنبى ، فله اذن بعد أن يفى بالشىء الباقى أن يسترد من الدائن الفرق فى القيمة ما بين الشيئين فيما اذا كان الشىء الباقى أعلى من الشىء الهالك (انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٠٨٧ ويشير الى لابيه فى بحث له فى بعض الصعوبات المتعلقة بهلاك الشىء الواجب الاداء وباتحاد الذمة ص ٥٣ وما بعدها) . ولكن اذا جاز للمدين اجبار الدائن على تقاضى الشىء الهالك لو أنه بقى قائما ، فانه لا يجوز له أن يجبره على تقاضى الشىء الباقى مع استرداد الفرق ما بين القيمتين ، ففى هذا تجوز لا تبيحه علاقة المديونية فيما بينهما .

أحدها ، كان للمدين أن يعين محل الالتزام شيئا من بين الاشياء الباقية .

٢ ـ هلك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ المدين : مادام المدين هو الذى له حق الخيار ، فلا مناص من اعتبار الشيء الذى هلك بخطأه هو الشيء الذى لم يختره ، فلا يبقى أمامه الا الشيء الباقي ـ أو أحد الاشياء الباقية يتولى اختياره ـ فيؤديه للدائن محلا للالتزام [١] .

٣ ـ هلك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ الدائن : ملدام الخيار بيد المدين ، فقد كان له أن يختار الشيء الذى هلك بخطأ الدائن أو الشيء الآخر ، فيبقى على خياره ما بين تأدية الشيء الآخر ـ أو شيء من الأشياء الأخرى فى حالة التعدد ـ للدائن مع الرجوع عليه بقيمة الشيء الذى هلك بخطأه ، أو أن يعتبر الشيء الذى هلك بخطأ الدائن هو الشيء الواجب الاداء فتبرأ ذمته من الدين ولا يرجع على الدائن بشيء [٢] .

٤ ـ هلك الشيئان معا وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين : اذا هلك الشيء الأول بخطأ المدين ، وكان الخيار له ، فان هلاك هذا الشيء بخطأه يجعل محل الالتزام يتركز فى الشيء الآخر . فان هلك هذا الشيء الآخر بسبب أجنبى ، فلا يزال هناك خطأ منسوب الى المدين ، اذ هو بخطأه الأول جعل الالتزام متركزا فى الشيء الآخر ، ولو أنه لم يرتكب

---

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٣ فقرة اولى من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد مايأتى : « اما اذا اقتصرت الاستحالة على احد محل التخيير دون الاخر ، وكانت راجعة الى خطأ المدين ، فيتعين عليه الوفاء بما يقوم به وصف الامكان حتى لايفيد من خطاه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٢) لارومبير ٣ م ١١٩٣ ـ ١١٩٤ فقرة ١١ ـ ديمولومب ٢٦ فقرة ٩٧ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٠ ـ وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وان اقتصرت الاستحالة على احد محل التأخير ، فللمدين وقد ثبت له خيار التعيين ، أن يختار الوفاء بالآخر ، وفى هذه الحالة يكون له أن يطالب الدائن بقيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطاه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

هذا الخطأ لما هلك الشيء الاول ولبقى بعد هلاك الشيء الآخر محـــلا للالتزام • ومن ثم يعتبر هلاك الشيء الآخر منسوبا الى المدين حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبى ، فعليه أن يدفع قيمته للدائن • ولو تعددت الاشياء وهلكت كلها ، مع هلاك أحدهما بخطأ المـــدين ، فان الالتزام يتركز فى آخر شيء منها ، ويعتبر هلاكه — ولو بسبب أجنبى — منسوبا الى المدين ، فيجب عليه دفع قيمته (١) •

واذا كان الشيء الذى هلك بخطأ المدين هو الشيء الثانى بعـد هلاك الشيء الآول بسبب أجنبى ، فان الالتزام بعد هلاك الشيء الأول بسبب أجنبى يكون قد تركز فى الشيء الثانى ، وقد هلك بخطأ المـدين فوجب عليه دفع قيمته (٢) •

ومن ثم يجب على المدين فى جميع الاحوال أن يدفع للدائن قيمة آخر شيء هلك • وهذه الصورة هى احدى الصورتين اللتين عرض لهمـا نص المادة ٢٧٧ سالفة الذكر ، وقد كشفنا عن وجـــه الخفاء فى الحكم الوارد فى شـــأنها •

٥ — هلك الشيئان معا وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين : وهذه هى الصورة الأخرى التى عالجتها المادة ٢٧٧ مدنى • وفى هذه الصورة أيضا ينطبق نفس الحكم الذى قدمناه فى الصورة المتقدمة • فقد هلك الشيء الأول بخطأ المدين ، فتركز الالتزام فى الشيء الثانى ، فهلك بخطأ المدين أيضا ، فوجب عليه دفع قيمته • ولو تعددت الاشياء وهلك الشيء الاخير منها بخطأ المدين ، وجب عليه كذلك دفع قيمته بعــد أن تركز الالتزام فيـــه (٣) •

---

(١) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٩٠ — فقرة ١٠٩١ — الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٧ . امـــا لو هلك الشيء الاخر — فى الحالـــة التى نحن بصددها — بخطأ الدائن ، فيكون الدائن بمثابة من استوفاه ، ولا يرجع عـلى المدين بشيء •

(٢) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨٩ — اما اذا كان هلاك الشيء الاول — فى الحالة التى نحن بصددها — بخطأ الدائن ، وهلك الشيء الثانى بخطأ المدين، فالمدين اما أن يختار الشيء الأول وقد هلك بخطأ الدائن فتبرأ ذمة المدين ، واما ان يختار الشيء الثانى فيدفع قيمته للدائن ويرجع عليه بقيمة الشيء الاول •

(٣) أنظر المادة ١٩٣ فقرة ثانية من التقنين المدنى الفرنسى، وأنظر بودرى =

٦ — هلك الشيئان معا وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن : ومن ثم يكون هلاك الشيء الآخر بسبب أجنبي . فان كان الشيء الذى هلك أولا هو الذى هلك بسبب أجنبي ، فقد تركز محل الالتزام فى الشيء الآخر الذى هلك بخطأ الدائن ، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه ، وتبرأ ذمة المدين من الالتزام (١) . أما اذا كان الشيء الذى هلك أولا هو الذى هلك بخطأ الدائن (٢) ، فللمدين ، وله الخيار ، أن يختار الشيء الآخر ، واذ هلك هذا الشيء الآخر بسبب أجنبي فقد برئت ذمة المدين بهلاكه ، ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشيء الاول الذى هلك بخطأه .

٧ — هلك الشيئان معا وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن : للمدين فى هذه الصورة أن يختار الشيء الذى يؤديه فتكون ذمته قد برئت

= وبارد ٢ فقرة ١٠٩٢ — فقرة ١٠٩٢ . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « أما اذا كانت الاستحالة قد حدثت من جراء خطأ المدين ، وكانت شاملة لجميع الامور التى يرد التخيير عليها — وهذا هو الفرض الذى عنى المشروع بالنص على حكمه — فقد يتبادر الى الذهن أن المدين ، بوصفه المتصرف فى الخيار ، يستطيع أن يبرىء ذمته بأداء قيمة ما يختاره ، لاسيما أن هذا هو حكم تحقق استحالة جميع الامور التى يرد عليها التخيير فى آن واحد ، ولكن ينبغى التفريق فى هذا الصدد بين فروض عدة : فاذا استحال الوفاء بأحد محلى التخيير قبل تحقق الاستحالة فى الآخر ، وجب أن يستبعد الاول من نطاق التخيير ، ويستوى فى هذا المقام أن تكون لاستحالة راجعة الى خطأ المدين أم الى حادث فجائى ، ذلك بأن المدين لا يسوغ له أن يفيد من خطأه فى الحالة الاولى ، وهو ملزم بتحمل التبعة فى الحالة الثانية ، وبهذه العلة يتعين عليه اداء ما طرأت عليه استحالة التنفيذ أخيرا » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤ — ٤٥) .

(١) وهذا هو أيضا الحكم فيما لو كان الشيء الذى هلك أولا بخطأ المدين، فان محل الالتزام فى هذه الحالة ايضا يتركز فى الشيء الآخر الذى هلك بخطأ الدائن ، ولما كان الدائن قد اهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين من الالتزام .

(٢) ونفرض ، فى الحالة التى نحن بصددها ، أن الشيء الذى هلك أولا هلك بخطأ الدائن ، وهلك الشيء الآخر بخطأ المدين لا بسبب أجنبي . فللمدين وله الخيار ، ان يختار اى الشيئين . فان اختار الشيء الاول الذى هلك بخطأ الدائن ، يكون الدائن بمثابة من استوفاه ولا يرجع بشيء على المدين ، ويتحمل المدين هلاك الشيء الآخر اذ هلك بخطأه . وان اختار المدين الشيء =

بهلاكه ، ويرجع بقيمة الشيء الآخر على الدائن . ولو تعددت الأشـــياء اختار المدين الشيء الذي بهلاكه تبرأ ذمته ، ويرجع بقيمة بقية الاشياء عـــلى الدان (١) .

١٠١ ــ هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للدائن : هنا أيضــا نستبعد حالة ما اذا هلك الشيئان معا بسبب أجنبى ، فقد بينا حكمها فيما تقدم ، وعرفنا أن الالتزام ينقضى بسبب هذا الهلاك . فتبقى الصور المقابلة للصور التى عالجناها فى حالة ما اذا كان الخيار للمدين :

١ ــ هلك أحد الشيئين دون الآخر بسبب أجنبى : هنا ــ كما فى الصورة المقابلة ــ يتركز الالتزام فى الشيء الذى يبقى ، ويتعين على الدائن أن يختاره . واذا تعددت الأشياء وهلك أحدها بسبب أجنبى ، فللدائن أن يختار شيئا من الأشياء الباقية (٢) .

٢ ــ هلك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ المدين : مــادام الدائن هو الذى له حق الخيار ، فله أن يختار الشيء الهالك فيرجع بقيمته ، أو

= الآخر الذى هلك بخطأه ، فعليه أن يؤدى قيمته للدائن ، ثم يرجع عليه بقيمة الشيء الاول .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠١ ــ الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: « واذا كانت استحالة التنفيذ ترجع الى خطأ الدائن ، وكانت تتناول جميــع الامور التى يرد التخيير عليها ، فللمدين وهو صاحب الخيار أن يعين الامر أو التكليف الذى يعتبر أن ذمته قد برئت بسبب الهلاك الحادث من جراء هـــذا الخطأ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

(٢) انظر فى هذا المعنى المادة ٩٧/١٥١ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « اما اذا اقتصرت الاستحالة على أحد محل التخيير ، فليس للدائن الا ان يختار الوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكنا . وليس شك فى أن امضاء هذا الحكم حتم تقتضيه طبيعة الأشياء ، كما هى الحال عندما يعهد للمدين بالخيار » (مجموعة الأعمـــال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

يختار الشيء أو أحد الاشياء الباقية فيستأديها عينا من المدين (١) •

٣ ـ هلك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ الدائن : للدائن أن يختار، فان اختار الشي الذى هلك بخطأه فقد برئت ذمة المدين بهلاكه • وأن اختار الشيء الآخر ، فعليه أن يدفع قيمة الشيء الهالك للمدين (٢) •

٤ ـ هلك الشيئان معا وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين : اذا اختار الدائن الشيء الذى هلك بخطأ المدين ، رجع عليه بقيمته • أما اذا اختار الشيء الذى هلك بسبب أجنبى ، لم يرجع بشيء على المدين اذ برئت ذمته بهلاك الشيء بالسبب الأجنبي • لذلك لا يتردد الدائن فى اختيار الشيء الذى هلك بخطأ المدين ، حتى يرجع عليه بقيمته (٣) •

---

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ٩٩/١٥٣ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فان اقتصرت الاستحالة على أحد محلى التخيير ، فللدائن ان يطالب بالوفاء بالآخر مادام هذا الوفاء ممكنا ، أو ان يطالب بقيمته الاول وهو الذى أصبح تنفيذه مستحيلا من جراء خطأ المدين » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) •

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما اذا اقتصرت الاستحالة على أحد محلى التخيير ، فللدائن ـ وهو صاحب الخيار ـ أن يختاره ، ويكون بذلك قد استوفى حقه • وله كذلك ان يختار استيفاء ما بقى الوفاء به ممكنا ، على أن يؤدى فى هذه الحالة قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) •

هذا وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٦٧) يفرض على الدائن أن يختار الشيء الذى هلك بخطأه ، فتبرأ ذمة المدين بهذا الهلاك •

(٣) اما المادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الفرنسى فتقضى بأن للدائن الرجوع على المدين بالقيمة التى يختارها من احدى قيمتين : قيمة الشيء الذى هلك بخطأ المدين وقيمة الشيء الذى هلك بسبب أجنبى • وينتقد الفقه الفرنسى هذا الحكم ، ويرى فى الخيار الذى أعطى للدائن ضربا من العقوبة فرضها القانون على المدين (لاروبيير ٣ م ١١٩٣ فقرة ٩ ـ ديرانتون ١١ فقرة ١٤٨ ـ ماركادية ٤ فقرة ٥٨٦ ـ ديمولومب ٢٦ فقرة ٨٨ ـ لوران ١٧ فقرة ٢٥٠ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٩٥) أما اذا كان هلاك أحد الشيئين ـ فى الحالة التى نحن بصددها ـ بخطأ الدائن وهلاك الشيء الآخر بخطأ المدين =

٥ ـ هلك الشيئان معا وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين : لما كان الخيار للدائن ، فله أن يختار أحد الشيئين فيرجع بقيمته على المدين اذ هلك بخطأه (١) •

٦ ـ هلك الشيئان معا وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن : اذا اختار الدائن الشىء الذى هلك بخطأه ، برئت ذمة المدين من الدين ولم يرجع على الدائن بشىء • أما اذا اختار الدائن الشىء الذى هلـك بسـبب أجنبى (٢) ، فقد برئت ذمة المدين أيضا بهلاك الشىء بالسبب الاجنبى ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشىء الذى هلك بخطأه • ومن ثم لا يتردد الدائن فى اختيار الشىء الذى هلك بخطأه حتى لا يرجع عليه المدين بشىء •

٧ ـ هلك الشيئان معا وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن : لما كان الخيار للدائن ، فله أن يختار أحد الشيئين ، واذ هلـك الشىء الذى اختاره بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين • ثم يرجع المدين بقيمة الشىء الآخر على الدائن اذ هلك هو أيضا بخطأه (٣) •

= لابسبب اجنبى ، فللدائن ـ وله الخيار ـ ان يختار احد الشيئين • فان اختار الشىء الذى هلك بخطأه يكون بمثابة من استوفاه ، وان اختار الشىء الذى هلك بخطأ المدين رجع عليه بقيمته وأدى له قيمة الشىء الذى هلك بخطأه •

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٠٠/١٥٤ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الفرنسى • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فاذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ المدين ، وكانت شاملة لجميع الامور التى يرد التخيير عليها ، فللدائن ـ وهو المتصرف فى الخيار ـ أن يطالب المدين بقيمة ما يقع عليه اختياره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) •

(٢) اما اذا هلك الشىء بخطأ المدين لا بسبب أجنبى ، رجعنا الى حالة سبق بيان حكمها ، وللدائن أن يختار الشىء الذى هلك بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه ، أو الشىء الذى هلك بخطأ المدين فيستأدى قيمتـه ويؤدى قيمة الشىء الذى هلك بخطأه •

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٣ ـ وقد جـاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « واذا نشأت استحالة التنفيذ عن خطأ الدائن ، وتناولت الامور التى يرد التخيير عليها ، أصبح هـذا الدائن مسئولا عن هلاك الشىء الذى لا يقع عليه اختياره وتعين عليه أداء =

ـ قيمته ، باعتبار أن هلاك ما يقع عليه الاختيار يستتبع براءة ذمة المدين » (مجموعه الاعمال التحضيريه ٣ ص ٤٥) .

اما احكام الهلاك فى خيار التعيين فى الفقه الاسلامى فالضابط فيها أنه اذا كان الخيار للبائع (اى للمدين) فان الخيار يمنع زوال السلعه عن ملكه . واذا كان الخيار للمشترى (اى للدائن) فان الخيار يثبت الملك له فى احد الشيئين غير عين والاخر يكون ملك البائع امانه فى يده اذا قبضه . وفى جميع الاحوال يقترن خيار الشرط بخيار التعيين . ويترتب على ذلك ما ياتى .

(١) اذا كان الخيار للبائع : ١ ـ قبـــل القبض : وهلك احدهما يهلك امانه ، والبائع على خياره . ان شاء الزم المشترى الباقى منهما لانه تعين للبيع ، وان شاء فسخ البيع فيه لانه غير لازم بسبب خيار الشىء وتعليل ذلك ان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فيهلك على ملك البائع اى ان الهالك يهلك امانه ـــ ويتعين الباقى للبيع وله فيه خيار الشرط ، وليس للبائع ان يلزم المشترى الشىء الهالك لانه هلك امانة ـــ وان هلكا جميعا بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين .

٢ ـــ بعد القبض : وهلك احدهما يهلك أمانة أيضا كما لو هلك قبـــل القبض ، ويتعين البـــــاقى منهما للبيع وللبـــــائع فيه خيـــــار الشرط ، أن شاء الزمه المشترى وان شاء فسخ البيع فيه . وتعليل ذلك ان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فيهلك الهالك على ملك البائع وليس لـــــه ان يلزمه المشترى لانه هلك امانه ، يتعين الباقى للبيع وللبائع فيـــه خيـــار الشرط ـ وان هلكا جميعا ، فان كان هلاكهما بالتعاقب هلك الأول أمانة ، وتعين الثانى للبيع وفيه خيار الشرط فيهلك بقيمته لا بثمنه . وان كان هلاكهما معا فى وقت واحد ، فعلى المشترى نصف قيمة كل منهمـــا لان البيع شـــاع فيهما .

(ب) واذا كان الخيار للمشترى : ١ ـ قبـــل القبض : وهلك أحدهما لايبطل البيع ، ولكن المشترى بالخيار أن شاء أخذ الباقى بثمنه ، وان شـــاء ترك لان المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين وهذا يوجب الخيار ـــ وان هلكا جميعا بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين .

٢ ـ بعد القبض : وهلك احدهما تعين الهالك للبيع ولزم المشترى ثمنه ، وتعين الآخر للامانة لأن الأمانة فيهما مستحقة الرد على البائع ، وقد خـــرج الهالك عن احتمال الرد فيه ، فتعين الباقى للرد وتعين الهالك للبيع ضرورة ـ وان هلكا جميعا ، فان كان هلاكهما على التعاقب هلك الاول مبيعا وهلك الآخر أمانة . وان هلكا معا فى وقت واحد لزم المشترى ثمن نصف كل منهما ، لانه ليس احدهما بالتعيين أولى من الآخر ، فشاع البيع فيهما جميعا .

هذا ويخالف خيار التعيين فى الفقه الاســـــلامى الالتزام التخييرى من الوجوه الآتية :

١ ـــ خيار التعيين لابد فيه من ذكر المدة على خلاف فى الراى ، ولايزيد على الثلاث .

٢ ـــ اذا مضت المدة فى خيار التعيين ، ولم يختر من له حق الخيار ، نقض البيع الحطاب ٤ ص ٤٢٥) .

الفصـــل الثـــانى

الالتــزام البـــدلى *

(obligation facultative)

١٠٢ — قيام وصف البدل وأحكامه : نبحث هنا — كما بحثنا فى الالتزام التخييرى — قيام وصف البدل وأحكام الالتزام البـــدلى . ونسير فى البحث على الخطة نفسها التى اتبعناها عند الكلام فى الالتزام التخييرى ، حتى تتضح الفروق ما بين هذين النوعين من الالتزام .

الفـــــرع الأول

قيام وصف البدل

١٠٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« ١ — يكون الالتزام بدليا اذا لم يشمل محله الا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر » .

« ٢ — والشىء الذى يشمله محل الالتزام ، لا البديل الذى تبرأ

= ٣ — فى خيار التعيين اذا كان الخيار للمشـــترى ، ثبت له الملك فى احد الشيئين غير معين ويكون الثانى فى يده أمانة . واذا كان الخيار للبائع، لم يزل أى الشيئين عن ملكه .

٤ — يجتمع مع خيار التعيين خيار الشرط ، فلا يلزم من له الخيار الا بعد أن يتم تعيين الشىء الواجب الاداء .

(*) مراجع : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٨ — فقرة ١٠٥١ — بلانيـــول وريبير وجابلد ٧ — فقرة ١٠٥٢ — فقرة ١٥٠٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٤ — فقرة ٨٠٥ — دى باج ١ فقـــرة ٢٨٣ — فقـــرة ٢٨٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٢٣ — فقرة ١٣٢٦ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٧٩ — جو سران ٢ فقرة ٧٤٧ — فقرة ٧٤٨ .

ذمـة المدين بأدائه ، هـو وحـده محل الالتزام وهـو الـذى يعين طبيعته (١) » •

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السـابق ، ولكن الحكم كان مطبقا دون نص •

ويقابل النص فى التقنينات المـدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٨ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٠٢ ، وفى تقنين الموجبـات والعقـود اللبنانى المادتين ٦٨ — ٦٩ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٤٠ ، و فىالتقنين المدنى الاردنى المادة ٤١١ (٢) •

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٤٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد واقرته لجنـة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليـه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ص ٤٧ — ص ٤٨) .

(٢) **التقنينيات المدنية العربية الاخرى :** التقنين المدنى السورى م ٢٧٨ (مطابقة للمادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٥ (مطابقة للمادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى العراقى م ٣٠٢ : ١ — يكون الالتزام بدليا اذا لم يكن محله شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا آخـر .
٢ — والاصل لا البدل هو وحده محل الالتزام ، وهو الذى يحدد طبيعتـه (ويطابق هذا النص فى الحكم نص المادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٨ يكون الموجب اختياريا حين يجب أداء شىء واحد مع تخويل المديون الحق فى ابراء ذمته بأداء شىء آخر ، والشىء الواجب الاداء هو ، فى نظر المشرع ، موضوع الموجب الـذى تتعين به ماهيته ، لا الشىء الآخر الذى يستطيع المديون أن يبرىء ذمته بأدائه •

م ٦٩ : يسقط الموجب الاختيارى اذا هلك الشىء الذى يكون موضوعـا له بغير خطأ من المديون وقبل تأخره ، ولا يسقط اذا هلك الشىء الذى جعل تسليمه اختياريا •

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع احكام التقنين المصرى ، وقد زاد التقنين اللبنانى أن أورد حكم هلاك الشىء الاصلى وحكم هـلاك البدل بمـا يتفق مع القواعد العامة) •

التقنين المدنى الكويتى م ٣٤٠ : ١ — يكون الالتزام بدليا اذا لم يكن =

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف البدل يقوم متى شمل محل الالتزام شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر، وأن خيار البدل يكون دائما للمدين بخلاف الالتزام التخييرى فالخيار فيه يكون للمدين أو للدائن •

فنبحث اذن : ١ — متى يقوم وصف البدل ٢ — ثبوت خيار البدل للمدين ومصدر هذا الخيار •

١ — متى يقوم وصف البدل

١٠٤ — تحديد منطقة الالتزام البدلى : حتى يكون الالتزام بدليا يجب أن يكون له محل واحدا هو المحل الأصلى ، ويقوم مقام هذا المحل الاصلى شىء آخر هو البـــديل [1] • مثل ذلك أن يقرض الدائن المدين مبلغا من النقود ، ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل ، اذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض ، أن يعطيه بدلا منه دارا أو أرضا معينة ، فيكون مبلغ النقود هو المحل الاصلى والدار أو الارض هى البديل • وما العربون فى البيع الا بدل يأخذه البائع أو المشترى اذا اتفقا عـــلى أن يكون العربون وسيلة للرجوع فى البيع ، وسيأتى بيان ذلك [2] •

ويجب أن يتوافر فى المحل الأصلى جميع الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام ، والا كان الالتزام باطلا • أما البديل فان توافرت

= محله الاشيئا واحدا، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا اخر. ٢ — والاصل لا البدل هو وحده محل الالتزام • (هذا النص مطابق لنص التقنين المدنى العراقى وهو يكاد يطابق فى الحكم نص المادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى العبارة) •

التقنين المدنى الاردنى م ٤١١ : ١ — يكون التصرف بدليا اذا كان محله شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر • ٢ والاصل ، لا البديل هووحده محل الالتزام وهو وحده الذى يحدد طبيعته • (وهذا النص يطابق فى الحكم نص المادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى العبارة) •

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمـــــال التحضيرية ٣ ص ٤٧ •

(٢) أنظر فى أمثلة أخرى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٤ ص ٥٩٢ •

فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الاصل ، والا سقط هو وبقى الالتزام بمحله الاصلى قائما ، ولكن يصبح التزاما بسيطا ذا محل واحد دون بديــل •

ونرى من ذلك أن الالتزام البدلى — بخلاف الالتزام التخييرى — هو ضمان للمدين لا ضمان للدائن • فالمدين يكون فى سعة من أمره بأداء البدل دون المحل الأصلى ، واذا هلك المحل الأصلى فأن المحلية لا تتركز فى البدل ، كما تتركز فى المحل الآخر فى الالتزام التخييرى ، بل تبرأ ذمة المدين • ومن ثم يكون البدل دائما لمصلحة المدين اذ تبرأ ذمته بأدائه ، ولا يكون ضد مصلحته اذ لا تتركز فيه المحلية أن أصبح المحل الاصلى غير صالح لان يكون محلا •

ونرى من ذلك أيضا أن البدل ليس محلا للالتزام ، فليس هــــو الشىء الذى يمكن الدائن المطالبة به (in obligatione) ولكنــه شىء يقوم مقام المحل الأصلى فى الوفاء (in facultate solutionis) وقد تقدم بيان ذلك • ويستخلص من هذا أن هنــاك تعادلا — فى نظر طرفى الالتزام أو فى نظر القانون حسب مصدر وصف البدل — ما بين المحل الاصلى وبدله ، اذ أن البدل يقوم مقام المحل الاصلى فى الوفاء •

١٠٥ — تمييز الالتزام البدلى عن حالات أخـــرى تشتبه به :

وفى تحديد منطقة الالتزام البدلى يحسن أن نميز ما بين هذا الالتزام والتزامات أخرى تشــتبه به • وأول هــذه الالتزامات هــو الالتزام التخييرى الذى تقدم ذكره • ثم نميزه بعد ذلك عن الشرط الجـزائى ، ونقارنة بالعربون •

١٠٦ — التمييز بين الالتزام البـدلى والالتزام التخيـــيرى :

رأينا فيما تقدم أن الالتزام البدلى له محــل واحد تمكن المطالبة به ، والشىء الآخر ليس محــلا للالتزام بل هــو بديل عنه فى الوفاء • أما الالتزام التخييرى فمحله متعدد ، وكل من الاشياء المتعددة يعتبر محلا للالتزام وتمكن المطالبة به متى وقع عليه الاختيار • فالالتزام التخييرى

متعدد محل الالتزام ، أما الالتزام البدلى فهو متعدد محل الوفاء •
ويتفرع على هذا الفرق الجوهرى الفروق الآتية :

١ ـ اذا طالب الدائن المدين بالتزام بدلى ، فانه لايستطيع المطالبة الا بالمحل الأصلى ، فهو وحده محل الالتزام • وعند ذلك يجوز للمدين أن يؤدى هذا المحل الأصلى ، وله أن شاء أن يؤدى عوضا عنه الشىء البديل ، فتبرأ ذمته بتأديته كما تبرأ بتأدية المحل الأصلى • أما المدين فله أن يعرض على الدائن اما المحل الأصلى واما الشىء البديل ، وهو اذا عرض ابتداء الشىء البديل كان عرضه صحيحا مبرئا للذمة • وقد رأينا فى الالتزام التخييرى أن الخيار اذا كان للدائن فله أن يطالب بأى من محال الالتزام ، واذا كان للمدين فله أن يعرض أيا منها •

٢ ـ اذا هلك فى الالتزام البدلى المحل الاصلى بسبب أجنبى فقد انقضى الالتزام ، ولا يمنع من انقضائه أن البدل لا يزال قائما ممكنا تأديته ، ذلك أن محل الالتزام هو المحل الاصلى لا الشىء البديل ، وقد هلك المحل الاصلى فانقضى الالتزام بهلاكه • أما اذا هلك الشىء البديل، فان الالتزام يبقى قائما على محله الاصلى، ولكن المدين يفقد ميزة البدل فى الوفاء ، وينقلب الالتزام البدلى التزاما بسيطا (١) • وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ، فانه اذا هلك فيه أحد الشيئين محل الالتزام بسبب أجنبى لا ينقضى ، كما ينقضى الالتزام البدلى ، بل تتركز المحلية فى الشىء الآخر •

وهذا هو الفرق أيضا ما بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى فيما اذا كان المحل الاصلى منذ البداية لا يصلح أن يكون محلا لهلاكه أو لاستحالته أو لعدم توافر أى شرط من شروط المحل فيه ، فيسقط الالتزام البدلى • أما الالتزام التخييرى فينقلب الى التزام بسيط ذى محل واحد ، اذ تتركز المحلية فى الشىء الآخر الذى توافرت فيه شروط المحل (٢) •

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى •
(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧١ •

٣ ــ فى الالتزام البدلى تتحدد طبيعة الالتزام بطبيعة المحل الأصلى لا بطبيعة الشىء البديل ، فيكون الالتزام البدلى منذ البداية عقارا أو منقولا ، قابلا للتجزئة أو غير قابل لها ، تبعا لما اذا كان المحل الأصلى عقارا أو منقولا ، أو لما كان قابلا للتجزئة أو غير قابل لها . كذلك يتحدد اختصاص المحكمة بقيمة المحل الاصلى منذ البداية (١) . وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ، فقد رأينا أن طبيعته لا تتحدد الا بعد أن يتم اختيار المحل الذى يكون واجب الأداء ، وكذلك لا يتحدد اختصاص المحكمة الا بتعيين المحل الذى يقع عليه الاختيار .

٤ ــ الخيار فى الالتزام البدلى هو دائما للمدين ، أما فى الالتزام التخييرى فتارة يكون للمدين وطورا يكون للدائن ، بل قد يكون لاجنبى (٢) .

٥ ــ الوفاء فى الالتزام البدلى ليس له أثر رجعى ، ولا ينقلب هذا الالتزام بالوفاء الى التزام بسيط منذ البداية . وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ، فقد رأينا أن أعمال حق الخيار فيه يستند الى الماضى ، وينقلب الالتزام التخييرى الى التزام بسيط منذ البداية (٣) .

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٨ ــ الاستاذ أحمد ابو ستيت فقرة ٦٩٦ ــ الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٠٠ ــ الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٢ .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلى بالتكليف الأصيل الذى يرد عليه ويعتبر محلا له على وجه الافراد ، دون البديل الذى يكون للمدين ان يبرىء ذمته بأدائه . ويتفرع على ذلك أن الالتزام البدلى ينقضى اذا أصبح الوفاء بهذا التكليف الاصيل مستحيلا قبل اعذار المدين بغير خطأ منه ، لكنه يظل على نقيض ذلك قائما رغم استحالة الوفاء بالبديل (انظر المادة ٦٩ من التقنين اللبنانى) . وكذلك يرجع فى اعتبار الالتزام البدلى عقاريا أو منقولا ، وفى التقاضى بشأن هذا الالتزام ، ولا سيما فيما يتعلق بتقدير القيمة والاختصاص ، الى محله الاصيل دون البديل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ ــ ص ٤٨) .

(٢) الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٩ ــ الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٢ .

(٣) انظر فى هذه الفروق : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧٠ ــ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥١ ــ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٣ .

١٠٧ ـ التمييز بين الالتزام البدلى والشرط الجزائى : قدمنا أن الشرط الجزائى هو تعويض قدرة الطرفان بدلا من القاضى ، فله اذن طبيعة التعويض . والتعويض ليس بالتزام تخييرى ، لأن الدائن لا يستطيع اختياره اذا عرض المدين التنفيذ العينى ، كما لا يستطيع المدين اختياره اذا اختار الدائن التنفيذ العينى وكان ممكنا . وليس التعويض كذلك بالالتزام البدلى ، فان المدين لا يستطيع أن يؤدى التعويض بدلا من التنفيذ العينى اذا كان التنفيذ العينى لا يزال ممكنا ، وهذا هو الفرق ما بين الالتزام البدلى والشرط الجزائى (١) ، وقد تقدم بيان ذلك .

١٠٨ ـ الالتزام البدلى والعربون : أما العربون فهو والالتزام البدلى ، فى رأينا ، سواء ، ولا فرق بينهما اذا كان العربون قد اتفق عليه ليكون وسيلة للرجوع فى العقد لا لتأكيد البتات . ذلك أن العربون فى هذه الحالة يتيح الفرصة للمدين أن يؤديه بدلا من التزامه الأصلى ، فتبرأ ذمته بتأديته ، ويقوم العربون فى الوفاء مقام المحل الأصلى . فالمشترى مثلا ، اذا كان قد دفع عربونا ، يكون ملتزما التزاما أصليا بتنفيذ الصفقة فيعطى الثمن ويأخذ المبيع ، ويستطيع أن يبرىء ذمته من هذا الالتزام بتركه العربون للبائع ، أى بتأدية العربون بديلا عن تأدية المحل الأصلى لالتزامه . وكذلك البائع ، اذا كان قد أخذ عربونا ، يكون ملتزما التزاما أصليا بتنفيذ الصفقة ، فيعطى المبيع ويأخذ الثمن ، ويستطيع أن يبرىء ذمته من هذا الالتزام برد العربون ومبلغ معادل له للمشترى ، أى أنه يؤدى المبلغ المعادل للعربون بديلا عن تأدية المحل الأصلى لالتزامه (٢) . وقد سبق أن بينا كل ذلك (٣) .

---

(١) جوسران ٢ فقرة ٧٤٨ .

(٢) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٩٥ ـ وانظر من هذا الرأى الأستاذ محمود أبو عافية : محاضرات فى الالتزامات ص ١١٥ ـ وقارن الاستاذين سليمان مرقس ومحمد على امام فى عقد البيع ص ٦١ ـ ـ ص ٦٣ .

(٣) الوسيط ١ فقرة ١٤٢ ص ٣٣٧ ـ ص ٣٣٨ و ص ٣٣٨ هامش رقم ٢ ـ الوسيط ٢ فقرة ٤٩٠ .

٢ – ثبوت خيار البدل للمدين ومصدر هذا الخيار

١٠٩ – ثبوت خيار البدل للمدين : خيار البدل يكون دائما للمدين كما قدمنا ، وهذا بخلاف خيار التعيين فى الالتزام التخييرى فقد رأينا أنه قد يكون للمدين أو للدائن أو لأجنبى . وثبوت خيار البدل للمدين مستفاد من تعريف الالتزام البدلى ، فهو التزام يستطيع فيه المدين أن يبرىء ذمته بوفاء شىء بديل عن المحل الأصلى . فهو وحده – لا الدائن – الذى يختار محل الوفاء ، اذ هو يفى بالمحل الأصلى ان لم يختر الشىء البديل . أما الدائن فليس له ، كما رأينا ، أن يطالب الا بالمحل الأصلى ، ومتى أدى له برئت ذمة المدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالبدل عوضا عن المحل الأصلى .

١١٠ – مصدر خيار البدل : ومصدر خيار البدل ، كمصدر خيار التعيين ، هو الاتفاق أو نص فى القانون (١) .

ففى كثير من الأحوال يكون مصدر خيار البدل هو الاتفاق ، ويتحقق ذلك بنوع خاص فى العربون كما قدمنا .

وقد يكون مصدر الالتزام البدلى نصا فى القانون ، ونورد أمثلة لذلك :

١ – قضت الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدنى ، فى حالة استغلال أحد المتعاقدين فى المتعاقد الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا ، فان للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ثم تضيف الفقرة الثالثة من نفس المادة ما يأتى : « ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » . ويؤخذ من ذلك أن المتعاقد الذى استغل صاحبه يصبح مدينا بالتزام أصلى ، هو اعادة ما أخذ – بعد

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ .

ابطال العقد — واسترداد ما دفع . ولكن القانون هيأ للمدين هنا بديلا اذا وفى به قام هذا الوفاء مقام تأدية المحل الأصلى ، فللمدين أن يتوقى دعوى الابطال اذا هو عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن ، وهذا القدر الكافى لرفع الغبن ليس الا البديل الذى قرره القانون ليقوم الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الاصلى .

٢ — تنص المادة ٤٤١ مدنى على أن « يثبت حق المشترى فى الضمان (ضمان استحقاق المبيع) ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه » . وتضيف المادة ٤٤٢ مدنى ما يأتى : « اذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شىء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » . فهنا للمشترى ، بعد استحقاق المبيع ، أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، ويصبح البائع مدينا للمشترى بهذا الضمان ، وهذا هو المحل الأصلى لالتزامه . ويستطيع أن يبرىء ذمته من هذا الدين اذا هو أدى ، بدلا منه ، ما دفعه المشترى للمستحق توقيا لاستحقاق المبيع كله أو بعضه ، ويعتبر هذا الأداء هو الشىء البديل الذى يقوم مقام المحل الأصلى فى الوفاء .

٣ — تنص المادة ٤٦٩ فقرة أولى مدنى على أنه « اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فهنا المدين بحق متنازع فيه ملتزم التزاما أصليا نحو المتنازل له بمحل الدين المتنازل عنه، وهذا هو المحل الأصلى . ولكنه يستطيع أن يبرىء ذمته بأداء بديل عن هذا المحل الأصلى ، هو مقدار ما دفعه المتنازل له من ثمن ومصروفات

مع فوائد الثمن من وقت الدفع •

٤ ـ تنص المادة ٨٤٥ مدنى على أنه « ١ ـ يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى اذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة• ٢ ـ ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة • وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته » • فهنا المتقاسم الذى غبن المتقاسم معه بأكثر من الخمس ملتزم التزاما أصليا بأن يرد العين المقسومة الى الشيوع بعد نقض القسمة • ولكن القانون هيأ له بديلا من هذا المحل الأصلى لالتزامه ، هو أن يكمل للمتقاسم المغبون نقدا أو عينا ما نقص من حصته ، فاذا أدى ما نقص قام الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلى •

٥ ـ تنص المادة ١١١٩ مدنى فقرة أولى على أنه « اذا كان الشىء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شىء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق » • فاذا اقتصرنا على التزام الراهن هنا (١) ، وجدنا أن الراهن ملتزم التزاما أصليا ببيع العين المرهونة رهن حيازة فورا بالمزاد أو بسعر البورصة أو السوق ، بناء على ترخيص القاضى ، لينتقل حق الدائن من العين المرهونة الى ثمنها (م ١١١٩ فقرة ثانية) • ولكن القانون هيأ له بديلا من ذلك ، هو أن يقدم بدل العين المرهونة عينا أخرى تكون كافية لضمان حق الدائن ، ومتى قدم هذه العين قام تقديمه لها مقام تنفيذ الالتزام الاصلى (٢) •

---

(١) اذ يلاحظ أن للراهن حقا كما أن عليه التزاما • فمن حقه أن يطالب هو ببيع العين المرهونة خوفا عليها من التلف ، اذا تأخر الدائن فى التقدمبهذا الطلب •

(٢) أما ما قضت به المادة ٢٧٣ مدني من أن المدين ، اذا ضعف التأمين =

الفـــرع الثـــــانى

أحكام الالتزام البدلى

١١١ ـ تعيين محل الأداء وتحمل التبعة : بالرغم من أهمية الالتزام البدلى ، فان أحكامه ليست من التعقيد بالقدر الذى رأيناه فى أحـــكام الالتزام التخييرى • لذلك لن يطول القول فى تعيين محل الأداء وفى أحكام الهلاك فى الالتزام البدلى ، كما طال فى الالتزام التخييرى •

= لسبب اجنبى ، يلتزم بدفع الدين فورا او بتقديم تأمين ، فهذا التزام تخييرى الخيار فيه للمدين كما سبق القول • وما ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ و ص ٤٧) من أنه التزام بدلى فغير صحيح ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك (أنظر آنفا فقـــرة ٧٣ وفقرة ٩٢) •

هذا وقد انشأ القانون الفرنسى بعضا من الالتزامات البدلية ، والمقابل لها فى القانون المصرى التزامات تخييرية لا بدلية (أنظر المادة ١٦٨١ مـــن التقنين المدنى الفرنسى وتقابلها المادة ٤٢٥ من التقنين المدنى المصرى ،وأنظر المادة ١٢٠ من التقنين التجارى الفرنسى وتقابلها المادة ١١٩ مـــن التقنين التجارى المصرى) : أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٩ •

وقد يكون البدل اكثر من شىء واحد ، ويكون للمدين أن يختار من هذه الابدال البدل الذى يرتضيه عوضا عن الوفاء بالمحل الاصلى ، فالالتزام هنا يكون بدليا من ناحية الوفاء وتخييريا من ناحية البدل • ونجد فى المادة ١٠٧٢ مدنى مثلا لذلك ، فهى تنص على أنه « اذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة ، أو يطهر العقار من الرهن ، او يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجـــوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته اجراءات نزع الملكية وفقا لاحكام قـــانون المرافعات الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار • ويكون الانذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيـــه فى وقت واحـــد » • ويستفاد من هذا النص ان الحائز للعقار المرهون يكون ملتزما التزاما أصليا بتحمل اجراءات نزع الملكية (انظر أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Obligation فقرة ٦١ ـ الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٧ ص ٥٠٤ هامش رقم ٢) •وله ان يفتدى ذلك ببديل ، وهذا البديل أمر من أمور ثلاثة : ١ ـ قضاء الدين المضـــمون بالرهن ٢ ـ تطهير العقار المرهون ٣ ـ التخلى عنه • فهنا البدل تخييـــرى وللمدين ان يختار ما بين هذه الأمور الثلاثة ، اذا لم يرغب الوفاء بالمحل الاصلى وهو تحمل اجراءات نزع الملكية •

١ ـ تعيين محل الأداء

١١٢ ـ ما الذى يطالب به الدائن : ليس للدائن أن يطالب فى الالتزام البدلى ، كما رأينا ، الا بالمحل الأصلى . وليس له أن يطالب بالبديل ، فان هذا البديل ليس محلا للالتزام حتى تجوز المطالبة به .

ومن ثم تتعين منذ البداية طبيعة الالتزام البدلى : فهو عقار أو منقول بحسب طبيعة المحل الاصلى ، وهو قابل للتجزئة أو غير قابل لهما بحسب طبيعة هذا المحل أيضا ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

ويتعين كذلك اختصاص المحكمة منذ البداية ، فالدائن يطالب بالمحل الاصلى اذا كان عقارا أمام محكمة العقار وتبعا لقيمة هذا الشىء ، حتى لو كان البديل منقولا وأيا كانت قيمة هذا البديل .

١١٣ ـ ماالذى يدفعه المدين : أما الذى يدفعه المدين فهو فى الاصل أيضا المحل الاصلى الذى يطالب به الدائن . ولكنه يستطيع ، كما قدمنا ، أن يبرىء ذمته بدفع البديل ، ومتى دفعه فقد انقضى الالتزام .

ولكن لايجوز للمدين أن يدفع جزءا من المحل الاصلى وجزءا من البديل ، كما لايجوز ذلك فى الالتزام التخييرى . وللدائن أن يرفض الوفاء على هذا الوجه ، فاما أن يأخذ المحل الاصلى بأكمله ، واما أن يأخذ البديل بأكمله .

واذا مات الدائن ، فليس لورثته المطالبة الا بالمحل الاصلى كمورثهم ولكن يجوز للمدين أن يفى لهم بالبديل كما كان يستطيع ذلك مع مورثهم . أما اذا مات المدين ، فان لورثته الحق فى الوفاء بالبديل وتبرأ التركة من الدين بالوفاء به ، كما كان المدين يستطيع ذلك حين حياته [1] .

---

(١) واذا كان المحل الاصلى غير قابل للتجزئة ، فان البديل لا ينقسم على ورثة المدين حتى لو كان قابلا للتجزئة . فلو التزم المدين بالايراد ان يعطى رهنا لضمانه والا رد رأس المال ، فان اعطاء الرهن يكون هو المحل الاصلى ورد رأس المال هو البديل . ولما كان الرهن لا يتجزأ ، فان البديل وهو رد رأس المال لا يتجزأ ايضا وان كان قابلا للتجزئة . ومن ثم فان ورثة المدين اذا اختاروا =

واذا كان الالتزام البدلى التزاما زمنيا أو دوريا ، فأن المدين يستطيع فى كل أداء أن يفى بالبديل عوضا عن المحل الاصلى أو يؤدى المحل الاصلى كما يشاء . واذا وفى بالبديل مرة ، فله أن يؤدى المحل الاصلى مرة ثانية ، ثم يوفى بالبديل مرة ثالثة ، وهكذا . وذلك كله مالم يتبين من ارادة الطرفين ومن الظروف والملابسات أن المدين اذا أدى المحل الاصلى أو وفى بالبديل مرة فقد تقيد بذلك فى المرات الاخرى المتعاقبة .

واذا أعلن المدين ارادته أنه يريد الوفاء بالبديل دون أن يدفعه بالفعل ، فان ذلك لايمنعه عند الوفاء من أن يؤدى المحل الاصلى ، ذلك أنه لايتحدد محل الوفاء الا عند الوفاء الفعلى . كذلك اذا أعلن قبل الوفاء أنه يؤدى المحل الاصلى ، فلا يمنعه ذلك من أن يوفى بالبديل عند الوفاء .

ولايمكن القول ، اذا وفى المدين بالبديل ، أن محل الالتزام قد تبدل فأصبح هو الشيء البديل عوضا عن المحل الاصلى . بل ان الالتزام ، يبقى على محله الاصلى ، ويعتبر الوفاء بالبديل بمثابة الوفاء بمقابل ، ولايقوم البديل مقام المحل الاصلى فى المحلية ، وانما يقوم مقامه فى الوفاء وحده. ونرى من ذلك أنه لا محل لبحث الاستناد فى حالة الالتزام البدلى ، ولا يمكن القول ان الوفاء بالبديل يقلب الالتزام البدلى الى التزام بسيط محله البديل منذ البداية ، بل ان الالتزام البدلى يبقى بالرغم من الوفاء بالبدل التزاما بدليا ، وليس البدل الا مقابلا للوفاء فيه .

٢ - احكام الهلاك

١١٤ - هلاك المحل الاصلى : اذا هلك المحل الاصلى بسبب أجنبى ، فقد انقضى الالتزام وبرئت ذمة المدين . ولاتتركز المحلية فى البديل ، كما تركزت ، فيما يتعلق بالالتزام التخييرى ، فى الشيء الباقى على ما أسلفنا .

الوفاء بالبديل عوضا عن المحل الاصلى ، فأرادوا رد رأس المال بدلامن اعطاء الرهن وجب ان يردوا رأس المال كاملا دون ان يتجزأ عليهم (انسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Obligation فقرة ٦٣) .

أما اذا هلك المحل الاصلى بخطأ المدين . فان الدائن لايطالب المدين الا بالتعويض عن هذا المحل ، دون أن يستطيع المطالبة بالبدل ، فليس البديل كما قدمنا محلا للالتزام • وانما يجوز للمدين أن يتوقى دفع التعويض بأن يوفى بالبديل ، فيبرىء هذا الوفاء ذمته من الدين ، وقد كان قادرا على أن يفعل ذلك قبل هلاك المحل الاصلى ، فهو على فعله بعد الهلاك أقدر •

واذا هلك البديل بعد هلاك المحل الاصلى ، سواء كان هلاك البديل بخطأ المدين أو بغير خطأه ، فأن الواجب على المدين هو التعويض عن المحل الاصلى لا التعويض عن البديل ، فان المحل الاصلى هو وحده محل الالتزام ، والبديل لا يقوم مقامه فى الوفاء الا اذا كان موجودا •

واذا هلك المحل الاصلى بخطأ الدائن ، فان الدائن يكون بمثابة من استوفى حقه • ولكن يجوز للمدين فى هذه الحالة أن يوفى بالبديل ، ثم يطالب الدائن بقيمة المحل الاصلى الذى هلك بخطأه •

١١٥ ــ **هلاك البديل** : أما اذا هلك البديل بسبب أجنبى أو بخطأ المدين ، فان الالتزام لاينقضى كما قدمنا ، بل يبقى قائما على محله الاصلى • فان المحل الاصلى وحده هو محل الالتزام ، وهو باق فيبقى معه الالتزام • ولكن الالتزام البدلى ينقلب بهلاك البديل التزاما بسيطا ليس لمحله بديل عند الوفاء •

واذا هلك المحل الاصلى بعد هلاك البديل ، فان كان هلاك المحل الاصلى بسبب أجنبى فقد انقضى الالتزام ، وان كان بخطأ المدين فان الدائن يتقاضى قيمة المحل الاصلى لا قيمة البديل على النحو الذى بيناه فيما تقدم •

واذا هلك البديل بخطأ الدائن ، بقى الالتزام قائما ، على محله الاصلى ، فيطالب الدائن المدين بهذا المحل ، ويرجع المدين على الدائن بقيمة البديل الذى هلك بخطأه • ولكن لما كان المدين يستطيع أن يوفى بالبديل عوضا عن المحل الاصلى ، فانه فى هذه الحالة يستطيع أن يمتنع عن الوفاء بالمحل الاصلى وأن يعتبر نفسه قد وفى الدين بالبديل ، اذ أن الدائن بعد أن أهلك البديل بخطأه يكون بمثابة من استوفاه •

البـــــاب الثـــالث

تعـــدد طـــرفى الالتـــزام

١١٦ — صور التعدد — الالتزام متعدد الاطراف والالتزام التضامنى والالتزام غير القابل للانقسام : قد يلحق الالتزام وصف التعدد فى طرفيه أحدهما أو كليهما • ولهذا التعدد صور ثلاث :

١ — فاما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى غير تضامن ما بين الاطراف المتعددين ، فيتعدد الدائن ، أو يتعدد المدين ، أو يتعدد كل من الدائن والمدين ، دون أن تربط الاطراف المتعددين رابطة خاصة تجعلهم متضامنين فى الحق أو فى الدين • ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام متعدد الاطراف (obligation conjointe)

٢ — واما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى تضـــامن ما بين الاطراف المتعددين • ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام التضامنى (obligation solidaire) • فاذا كان المتعدد هو الدائن ، كان هناك تضامن مابين الدائنين وهو تضامن ايجابى (solidarité active) • أما اذا كان المتعدد هـــو المدين ، وهذا هو الغالب ، كان هناك تضامن مابين المدينين وهو تضـــامن سلبى (solidarité passive)

٣ — واما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى الالتزام لا يتجزأ تنفيذه • ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام غير القابل للانقســـام (obligation indivisible).

---

(١) وهناك التزام تتعدد اطرافه لا على سبيل الجمع بل على ســـبيل التخيير ، فيكون الدائن متعددا على أن يكون أحد هؤلاء المتعددين دون الباقى هو الدائن وحده ، أو يكون المدين متعددا على أن يكون احد هؤلاء المتعددين دون الباقى هو المدين وحده — ويسمى الالتزام الذى تتعدد اطرافه على سبيل التخيير بالالتزام التخييرى الطرف، ويدعى فى فرنسا بعبارة (obligation disjointe) فلما يتعدد المحل فى الالتزام التخييرى المحل على أن يكون احد المحال المتعددة هو وحده محل الالتزام ، كذلك تعدد الاطراف فى الالـــتزام التخيـــيرى الطرف على ان يكون أحد الاطراف المتعددة هو وحده الدائن أو المدين • =

والصورتان الثانية والثالثة ــ التضامن وعدم القابلية للانقسام ــ لا يتحققان بمجرد تعدد الأطراف ، بل لابد من توافر شروط خاصة لتحقق كل منهما . أما الصورة الأولى فتتحقق بمجرد تعدد طرفى الالتزام الناشىء من مصدر واحد . ومن ثم كان الأصل فى الالتزام الذى تتعدد أطـرافه أن يكون التزاما متعدد الأطراف ، لا التزاما تضامنيا ولا التزاما غـــير قابل للانقسام . فالتضامن وعدم القابلية للانقســام لا يفترضـــان ، بل لابد لهما من شروط خاصة كما قدمنا . على أن الغالب الذى يكثر وقوعه فى العمل هو الالتزام التضامنى ثم الالتزام غير القابل للانقسام .

ونبحث فى فصول ثلاثة متعاقبة الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامنى والالتزام غير القابل للانقسام .

= ويتحقق ذلك اكثر ما يتحقق فى الوصية ، فيوصى الشخص لفلان ثم لفـلان ان مات الاول قبله . على أنه نادر الوقوع فى العمل ، ولم يبحثه فى فرنســا الا بعض فقهاء القرن التاسع عشر (أنظر ديمولومب ٢٦ فقرة ١٠١ ــ فقرة ١٠٤ ــ وانظر فى المعنى الذى قدمناه بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٧ ص ٢٤٤ هامش رقم ١) .

هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يجمع الالتزام اوصافا عدة ، فيكون التزاما شرطيا ويكون فى الوقت ذاته تخييريا من حيث المحل وتضـــامنيا من حيث الاطراف (دى باج ٣ فقرة ٢٨٧) .

الفصــل الأول

الالتزام متعــدد الأطراف

(Obligation conjointe)

١١٧ — وحدة المصدر وتعدد الأثر : اذا تعدد فى الالتزام طـرفه ولم تتحقق فيه شروط التضامن أو شروط عـدم القابلية للانقســام ، كان التزاما متعدد الأطراف كما قدمنا • والالتزام متعدد الأطراف هو التزام واحد من حيث المصدر ، متعدد من حيث الأثر فينقسم على أطرافه • وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ، فهو واحد من حيث المصدر وواحد أيضا من حيث الأثر فيتوحد بالنسبة الى محله (١) •

فنتكلم اذن فى الالتزام متعدد الأطراف من حيث مصدر التعدد ومن حيث الأثر الذى يترتب على هذا التعدد •

١ — مصدر التعدد فى الالتزام متعدد الأطراف

١١٨ — القانون والارادة : أكثر ما يكون مصدرا لتعدد الأطــراف فى الالتزام هو القانون ، سواء فى ذلك تعدد الدائنين أو تعــدد المدينين • ولكن قد لا يكون القانون هو مصدر التعدد ، بل يكون المصدر هــو ارادة طــرفى الالتزام •

١١٩ — القانون مصدر التعدد : ويقع ذلك أكثر ما يقع فى الميراث • فان الدائن اذا مات آل الحق الذى له فى ذمة مدينه الى ورثته ، ويكونون فى أكثر الأحوال متعددين • فيصبح الحق ، بعد أن كان له دائن واحد ، له دائنون متعددون هم الورثة ، وسنرى أن الحق فى هذه الحالة ينقســم على الورثة كل بقدر نصيبه فى الميراث (٢) • كذلك اذا مات المدين وترك

---

(١) أنظر فى هذا المعنى دى باج ٣ ص ٢٨٠ هامش رقم ٢ •

(٢) وهذه حالة من حالات الدين المشترك فى الفقه الاسلامى ، ونظـام الدين المشـــترك أخذ به التقنين المدنى العراقى دون التقنين المدنى المصرى كما سنرى •

ورثـة متعددين ، فـان الدين ـ فى القـانون الفرنسى لا فى الشريعة الاسلامية (١) ـ ينتقل الى ورثته ، فيصبح ذا مدينين متعددين ينقسم عليهم الدين كل بقدر نصيبه فى الميراث .

---

(١) ومع ذلك يصور الاستاذ اسماعيل غانم انتقال الديون الى ورثـة المدين فى الشريعة الاسلامية على النحو الآتى : « ان أموال المورث وديونه تنتقل جميعا الى الوارث بمجرد الوفاة فيصبح مالكا لتلك الاموال ومدينا بالديون . غير أن مسئوليته عن هذه الديون ليست مسئولية شخصية تمتـد الى كافة أموال الموروث منها وغير الموروث ، وانما هى مسئولية عينية محددة تنحصر فيما تلقاه عن مورثه من أموال ، فتنتقل اليه هذه الأموال محملة بحق عينى تبعى لمصلحة الدائنين يخول لهم استيفاء ديونهم منها بالأفضلية على دائنى الوارث الشخصيين ، كما يخول لهم تتبع تلك الأموال اذا تصرف فيها الوارث قبل سداد ديونهم » (أحكام الالتزام فقرة ١٩ ص ٣١ ـ ورسالته فى الذمة المالية فقرة ٢٦ ـ فقرة ٣٢) . ثم يقول فى موضع آخر : « تطبق القاعدة ذاتها (قاعدة انقسام الدين) فى القانون الفرنسى اذا توفى المدين عن ورثة ، فينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته فى التركة . أما فى القانون المصرى ، فلا يخضع الدين لقاعدة الانقسام .ويفسر ذلك عادة بأن الديون لاتنتقل الى الورثة أصلا ، بل تكون التركة هى المدينة على أساس بقاء الديون متعلقة بذمة المورث فيفترض استمرار ذمته بعد وفاته الى ان تسوى ديونه من أمواله . وقد سبقت الاشارة الى أن التفسير الصحيح لمركز الوارث فى القانون المصرى يقتضى التسليم بأن اموال المتوفى وديونه تنتقل الى الـورثة بمجرد الوفاة ، ولكن ذلك لا يعنى أن الالتزام ينقسم بين الورثة فى علاقتهم بالدائن ، فمن المسلم أن الورثة ، ومسئوليتهم عن ديون المورث مسئولين عينية محـددة بالاموال التى تركها ، لا يتلقون تلك الاموال خالصة ، بل محملة بحق عينى تبعى يكفل للدائنين تتبع أعيان التركة والاولوية فى استيفاء حقوقهم منها . والقاعدة أن الحق العينى التبعى لا يقبل التجزئة ، وعلى ذلك فللدائن أن يرجع بحقه كاملا على أى مال من أموال التركة . فاذا اقتسم الورثة اموال التركـه ، فاختص احدهم بعين معينة تعادل حصته فى الميراث ، فللدائن رغم ذلك ان يستوفى حقه كاملا من تلك العين بوصفها محملة بحق عينى تبعى يكفل له ضمانا لا يقبل التجزئة . وليس للوارث ، اذا وفى الدين كاملا أو استوفى الدين جبرا عليه من العين التى اختص بها فى القسمة ، الا أن يرجع على الورثة الآخرين بما زاد عن حصته فى الدين » (احكام الالتزام ص ٢٧٢ هامش رقم ١) . ويبدو ان الاستاذ اسماعيل غانم يذهب الى أن الدين فى الشريعـة الاسلامية ينتقل الى الوارث بعنصرية من مديونية ومسـئولية ولـكن المسئولية محدودة بما أصابه الوارث من مال التركة ، أما عدم انقسـام الدين على ورثة المدين فيرجع الى هذا الحق العينى التبعى الذى يثقل كل أمـوال التركة وهو حق غير قابل للانقسام .

وقد ينص القانون ، فى غير الميراث ، على تعدد أطراف الالتزام • من ذلك ماتقضى به الفقرة الاولى من المادة ٥٢٣ مدنى ، فهى تنص على ما يأتى : « اذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون فى أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه فى خسائر الشركة ، مالم يوجد اتفاق على نسبة أخرى • ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولية عن ديون الشركة » •

فهذا نص يجعل لالتزام الشركة المدينة — الى جانب المدين الاصلى وهو الشركة — مدينين متعددين هم الشركاء ، وقد جعلهم النص مسئولين عندما لاتفى أموال الشركة بوفاء الالتزام ، فى أموالهم الخاصة كل بقدر نصيبه فى الخسارة • وكان الاصل ألا يكون هؤلاء الشركاء مسئولين عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة ، لان الشركة شخص معنوى وهو وحده المسئول عن ديونه ، لولا النص الذى أوردناه • ومادام القانون قد أوجد هؤلاء المدينين المتعددين ، فالاصل ألا يكون بينهم تضامن وأن ينقسم الالتزام عليهم • وهذا حكم يستمد من المبادىء العامة ، دون حاجة الى أن ينص عليه القانون • غير أن المادة التالية ، وهى المادة ٥٢٤ مدنى ، أكدت هذا الحكم مع تحوير فيه اذ قضت بما يأتى :

« ١ — لاتضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، مالم يتفق على خلاف ذلك • ٢ — غير أنه اذا أعسر أحد الشركاء ، وزعت حصته فى الدين على الباقين كل بقدر نصيبه فى الخسارة » • فهنا نص القانون صراحة على عدم التضامن بين المدينين المتعددين ، ولكنه استبعد نتيجة هامة من نتائج عدم التضامن • ذلك أن عدم التضامن بين المدينين يؤدى الى انقسام الدين عليهم ، فاذا أعسر أحدهم لم يتحمل الباقى هذا الاعسار ، ويتحمله الدائن • ولكن النص يقضى صراحة بأن المدينين يكونون مسئولين عن اعسار أى منهم ، بالرغم من انقسام الالتزام عليهم • فاذا أعسر أحدهم وزعت حصته على الباقين ، كل بقدر نصيبه فى تحمل الخسارة •

ويلاحظ فى الامثلة المتقدمة أن الدين نشأ ابتداء لصالح دائن واحد أو فى ذمة مدين واحد ، ثم خلفه عليه الورثة أو الشركاء فتعدد الدائنون

أو المدينون • ويصح أن ينشأ الدين منذ البداية لصالح دائنين متعددين أو فى ذمة مدينين متعددين • فاذا قبض أحد الورثة غلة التركة ، كان مدينا لسائر الورثة بأنصبتهم فى هذه الغلة ؛ فينشأ الدين ابتداء لصالح دائنين متعددين • واذا أوصى شخص بمبلغ من النقود لآخر يأخذه من تركته ، فان الورثة وهم يمثلون التركة يكونون مدينين متعددين منذ البداية فى هذا الالتزام الموصى به •

١٢٠ ــ الارادة مصدر التعدد : وقد تكون الارادة هى مصدر تعدد الدائنين أو المدينين • فاذا باع الشركاء الشيوع الدار التى بينهم ، أو باعت الورثة عينا من أعيان التركة ، فالاصل أن يكون للالتزام بالثمن الذى نشأ فى ذمة المشترى دائنون متعددون ، هم الشركاء فى الشيوع أو الورثة ، وما لم يشترط هؤلاء الدائنون التضامن فيما بينهم انقسم الحق عليهم كل بنسبة نصيبه فى المبيع • وسنرى أن هذه هى احدى حالات الدين المشترك فى الفقه الاسلامى ، ولكن التقنين المدنى المصرى بخلاف التقنين المدنى العراقى لم يأخذ بنظام الدين المشترك ، فينقسم الدين على الدائنين كما قدمنا • واذا اشترى عدة أشخاص دارا واحدة على الشيوع صفقة واحدة فان الالتزام بالثمن يكون له مدينون متعددون هم هؤلاء المشترون ، وينقسم الالتزام عليهم كل بقدر نصيبه فى الدار ، ولا يكون هناك تضامن بينهم الا اذا اشترطه البائع عليهم •

ويلاحظ فى الامثلة المتقدمة ــ حيث كان مصدر تعدد الدائنين أو المدينين هى الارادة ــ أن الدين قد نشأ وله أطراف متعددون منذ البداية•

٢ ــ الأثر الذى يترتب على التعدد فى الالتزام متعدد الأطراف

١٢١ ــ انقسام الالتزام على أطرافه : الأثر الذى يترتب على التعدد ، اذا كان الالتزام متعدد الدائنين أو متعدد المدينين دون تضامن فيما بينهم ، أن الالتزام ينقسم بحكم القانون على الدائنين المتعددين أو على المدينين المتعددين ، كل بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذى يعينه

القانون . فالاتفاق يعين نصيب كل مشتر من المشترين المتعددين للدار اذا اشتروها صفقة واحدة دون تضامن فيما بينهم ، فيلتزم كل منهم بحصة منهم بحصة من الثمن تساوى مقدار نصيبه فى الدار حسب الاتفاق الذى يتم بينهم . والقانون يعين نصيب كل وارث ، اذا ورث الجميع دينـــا لصالح التركة (١) . **فاذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصـــيب كـــل من الدائنين أو المدينين المتعددين ، لم يبق الا أن ينقســم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أى بأنصبة متساوية (٢) .**

ومتى انقسم الالتزام على الدائنين أو المدينين المتعددين ، أصبح بموجب هذا الانقسام التزامات متعددة لصالح الدائنين المتعددين أو فى ذمة المدينين المتعددين ، ويكون كل التزام من هذه الالتزامات المتعـــددة **مستقلا عن الالتزامات الأخرى (٣) .**

١٢٢ ـ النتائج التى تترتب على انقسام الالتزام : وتترتب عـــلى انقسام الالتزام وصيرورته التزامات متعددة مســـتقلة عـــلى النحو الذى بسطناه نتائج هامة ، نذكر منها :

---

(١) اما بالنسبة الى ورثة المدين ، فالدين فى الشريعة الاسلامية لا ينقسم على هؤلاء الورثة ، وقد تقدم ذكر ذلك .

(٢) ويلاحظ أن الدين ينقسم بحسب نصيب كل من الأطراف أو بأنصبة متساوية ، لا فحسب فى علاقة الدائنين بالمدين أو علاقة المدينين بالدائن ، بل أيضا فيما بين الدائنين أو فيما بين المدينين بعضهم مع بعض ، أى أن نصيب كل منهم فى الالتزام بالدين (obligation à la dette) معادل لنصيبه فى المساهمة فيه (contribution à la dette) وسنرى فى الالتزام التضامنى وفى الالتزام غير القابل للانقسام أن النصيب فى الالتزام بالدين قد يختلف عـن النصيب فى المساهمة فيه (دى باج ٣ فقرة ٢٩١) . على أنه يجوز ، فى الالتزام متعدد الأطراف ، الاتفاق على أن يكون النصيب فى الالتزام بالدين غير النصيب فى المساهمة فيه (دى باج ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٢) .

ويجوز أن ينشأ من العقد الواحد التزامات عدة ، بعضها قابل للانقسام وبعضها غير قابل له ، فاذا اشترى شخصان دارا صفقة واحدة ، فان الالتزام بالثمن يكون قابلا للانقسام ، اما الالتزام بتسليم الدار فانه يكون غير قابل له (دى باج ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٢) .

(٣) على أن هذا الاستقلال لا يكون كاملا من بعض الوجوه التفصيليـــة (انظر فى ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١١ ـ ديمولومب ٢٦ فقرة ١١٣ ـ فقرة ١١٤) .

أولا ـ اذا انقسم الالتزام على دائنين متعددين :

١ ـ كل دائن لا يستطيع أن يطالب المدين الا بنصيبه ، ولا يستطيع المدين أن يدفع له أكثر من نصيبه .

٢ ـ قطع التقادم أو وقفه أو الاعذار أو المطالبة القضائية ، اذا تم من جانب أحد الدائنين ، يسرى أثره بالنسبة اليه وحده دون غيره من الدائنين الآخرين ، فينقطع التقادم أو يقف لصالحه وحده ، ويعتبر المدين معذرا بالنسبة اليه وحده ، وتسرى فوائد التأخير المترتبة على المطالبة القضائية له وحده .

٣ ـ اذا أبطل الدين أو فسخ أو انقضى بالنسبة الى أحد الدائنين ، لم يؤثر ذلك فى حقوق الباقين ، بل يبقى كل منهم دائنا بقدر نصيبه ، ولا ينتقل اليهم نصيب الدائن الذى أبطل دينه أو فسخ .

٤ ـ اذا وفى المدين أحد الدائنين ثم أعسر ، لم يرجع باقى الدائنين الذين لم يستوفوا أنصبتهم على الدائن الذى استوفى نصيبه ، اذ كل حق مستقل عن الحقوق الأخرى كما قدمنا .

ثانيا ـ اذا انقسم الالتزام على مدينين متعددين :

١ ـ كل مدين لا يكون ملتزما الا بنصيبه ، ولا يستطيع الدائن أن يطالبه بأكثر من ذلك .

٢ ـ قطع التقادم أو وقفه أو الاعذار أو المطالبة القضائية ، اذا تم ضد أحد المدينين ، يقتصر أثره على هذا المدين ولا يتعداه الى المدينين الآخرين .

٣ ـ اذا أبطل دين أحد المدينين أو فسخ أو انقضى أو ارتكب أحد المدينين خطأ ، فان أثر ذلك يقتصر على هذا المدين ، فلا يكون المدينون الآخرون مسئولين عن نصيب من أبطل دينه أو فسخ أو يكونون مسئولين عن خطأه . واذا كان هناك شرط جزائى يتناول جميع الدين ، فالمسئول من المدينين بموجب هذا الشرط الجزائى هو وحده الذى يطالب به وبمقدار نصيبه منه فقط .

٤ ـ اذا أعسر أحد المدينين ، لم يتحمل اعساره الباقون ، والدائن هو الذى يتحمل هذا الاعسار (١) .

وانقسام الدين ، بما يجر من النتائج على النحو المتقدم ، يجعل الدين ضعيف الأثر . ومن ثم يؤثر الناس عند التعامل توقى هذه النتائج ، باشتراط أن يكون الالتزام تضامنيا أو غير قابل للانقسام (٢) .

---

(١) انظر فى كل هذه النتائج أوبرى ٤ فقرة ٢٩٨ ص ٢٣ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٢ فقرة ١١١٣ . ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٧ ـ دى باج ٣ فقرة ٢٩٠ .

وقد ورد فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى من النصوص فى هذا الصدد ما يأتى :

م ٩ : يجوز أن يختص الموجب الواحد بعدة أشخاص موجب لهم أو موجب عليهم . وتقسم الموجبات من هذا القبيل الى موجبات متقارنة وموجبات متضامنة .

م ١٠ : ان توزيع المنافع والتكاليف فى الموجبات المتقارنة يتم حتمـا على قاعدة المساواة بين الدائنين والمديونين ، ما لم يكن العقد يقضى بخلاف ذلك . فيكون فى الحقيقة عدد الديون بقدر عدد الدائنين أو المـديونين ، وهـو الامر الذى يجب الاعتداد به ، ولا سيما فى : ١ ـ ما يتعلق بحق المداعاة ، اذ لا يمكن احد الدائنين أن يستعمل هذا الحق ، كما لا يمكن استعماله على احد المديونين ، الا بقدر النصيب الذى يكون للدائن او النصيب الذى يكـون على المديون من ذلك الموجب ٢ ـ ما يختص بانذار كل من المديونين أو بنسبة الخطأ اليه ، فان الانذار ونسبة الخطأ يتمان فى شأن كل مديون على حدة ٣ ـ ما يتعلق بتقدير أحوال البطلان التى يمكن أن تكون شخصية لكل ذى شأن فى الموجب ٤ ـ مايختص بالأعمال التى تقطع حكم مرور الزمن بالأسباب التى توقف سريانه .

(٢) دى باج ٣ فقرة ٢٩٠ .

الفصـــــل الثـــانى

الالتزام التضـــامنى (*)

(obligation solidaire)

١٢٣ ــ التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين : قدمنـــا أن الطرف المتعدد فى الالتزام التضامنى قد يكون هو الدائن فيكون هنـــاك تضامن بين الدائنين ، وقد يكون هو المدين فيكون هنـــاك تضـــــامن بين المدينين • والتضامن بين المدينين هو الأكثر وقوعا فى العمل •

وسواء كان التضامن بين الدائنين أو بين المدينين ، فهو أحد طـرق الضمان للدين ، بل هو أبلغ فى الضـــمان من الكفالة • ذلك أن الدائن فى الكفالة ــ اذا لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ــ لا يستطيع أن يرجع الا على المدين الأصلى أولا ، فاذا لم يستوف حقه منه رجع على الكفيل •

(*) مراجـــع بيلـــون (Pilon) فى النظرية العــــــامة فى النيابة فى الالتزامات رسالة من كان سنة ١٨٩٧ ــ بوانيد (Ioanid) فى التضامن الناقص رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ ـ ديشون (Duchon) فى النيابة فى التضامن رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ ــ هامل (Hamel) رسالة من بوانييه سنة ١٩٠٨ ـ أوديتو (Oudinot) فى النيابة الناقصة فى القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ ـ هوانج هاى (Huang-Hai) فى التضامن السلبى رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ ـ فرانسوا (I. François) فى التمييز بين الالتزام التضامنى والالتزام التضاممى (in solidum) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ ـ دراكيدس (Drakidis) فى المبدأ القاضى بأن التضامن لايفترض رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ • هرفيه (Hervé) فى التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ ـ كايزر (Kayser) رسائل فى التضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع المجلة الانتقادية سنة ١٩٣١ ص ١٩٧ ـ فانسان (Vincent) توسع القضاء فى فكرة التضامن السلبى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٠١ •

أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٩٨ وما بعدها ـ بودرى ٢ فقرة ١١٠٧ وما بعدها ـ بنكاز ٢ فقرة ٧٨٤ وما بعدها ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٩ وما بعدها ـ بيدان ولاجارد ٨ فقرة ١١٠٧ وما بعدها ـ دى باج ٣ فقرة ٣١١ وما بعدها ــ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٤١ وما بعدها ــ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٤١ وما بعدها ـ جوسران ٢ فقرة ٧٥٤ وما بعدها •

أما فى التضامن فالدائن يستطيع أن يرجع على أى مدين متضـامن بكل الدين ، هذا اذا كان التضامن بين المدينين • فاذا كان التضامن بين الدائنين فأى دائن متضامن يستطيع أن يطالب المدين بكل الدين ، ومن جهة أخرى فان وفاء المدين لأى دائن متضامن بكل الدين مبرىء لذمته بالنسـبة الى سائر الدائنين (١) ، وهذا ما يجعل التضامن ما بين الدائنين أقرب الى أن يكون ضمانا للمدين منه ضمانا للدائن كما سنرى •

والتضامن بنوعيه يقتضى بوجه عـام أن تكون هنـاك شركة أو فى القليل اشتراك فى المصلحة (communauté d'intérêts) بين الأطـراف المتضامنين ، وهذه المصلحة المشتركة هى التى تبرر أحكام التضامن(٢) •

ويصح أن يجتمع فى التزام واحد تضامن الدائنين وتضامن المدينين ، فيكون الالتزام متعدد الدائنين مع تضامنهم ومتعدد المدينين مع تضامنهم أيضا • ويجوز فى هذه الحالة لأى دائن ان يطالب أى مدين بكل الدين ، كما يجوز لأى مدين أن يفى لأى دائن بكل الدين ، فالوفاء من أى مدين لأى دائن يقضى الدين بالنسبة الى سائر المدينين والى سائر الدائنين (٣) •

الفـــرع الأول

التضـامن بين الدائنـين

(Solidarité entre créanciers— Solidarité active)

١٢٤ ــ مباحث ثلاثـة : نبحث فى التضامن بين الدائنين :

(أولا) مصدر هذا التضامن •

(ثانيا) والآثار التى تترتب عليه •

(ثالثا) ثم نعرض لصورة خاصة لدين يقوم فيه ضرب من التضامن

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٩ ص ٤١٤ •

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٩ •

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٦ •

بين الدائنين ، وهى الصورة المعروفة فى الفقه الاسلامى بالدين المشترك ، وقد نقلها عن التقنين المدنى العراقى دون التقنين المدنى المصرى (١) .

المبحث الاول

مصدر التضامن بين الدائنين

١٢٥ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون » (٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٠٧/١٦١ و ١٠٨/١٦٢ (٣) .

---

(١) وقد عنى التقنين المدنى الجديد بالتضامن فلم يورده مقتضبا كما فعل التقنين المدنى السابق ، وعنى بالتضامن بين المدينين بوجه خاص لاهميته العملية . على أن أكثر الاحكام التى نص عليها فيه يسهل تصور نظائرها فى التضامن بين الدائنين ، وهذا ما سنفعله فيما يلى . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « التزم التقنين الراهن (السابق) ما عهد فيه من الاقلال والاقتضاب فيما يتعلق بأحكام التضامن ، مع مالها من عظيم الخطر . فلم يكن بد من أن يعمد المشروع الى تنظيم صورتى التضامن تنظيما أشمل ، وأن يعنى بوجه خاص بالتضامن السلبى وهو أهم هاتين الصورتين فى نطاق العمل . على أن أكثر الأحكام التى عنى المشروع بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين من الميسور تصور نظيرها بصدد التضامن بين الدائنين . بيد أنه رؤى اغفال هذه الأحكام فى معرض ايراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن ، حتى لا ينوء المشروع بنصوص حظها من التطبيق العملى جد يسير » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ثم حور تحويرا طفيفا فى لجنة المراجعة فاصبح مطابقا لما استقر عليه ، واصبحت المادة رقمها ٢٩١ من المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ - ص ٥٢) .

(٣) التقنين المدنى السابق١٠٧/١٦١ : اذا تضمن التعهد التفويض من =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المـدنى السورى المـادة ٢٧٩ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٦ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣١٥ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١٢ ، فى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٤١ ، وفى التقنيـن المـدنى الاردنى المادة ٤١٢ (١) .

= كل من المتعهد لهم للباقى فى استيفاء الشىء المتعهد به، يكونكل منهمقائما مقام الباقى فى ذلك . وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحـوال التوكيـل .

م ١٠٨/١٦٢ : لايلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد بـه الا اذا اشترط تضامنهم لبعضهم فى العقد او اوجبه القانون وفى هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضا ووكلاء عن بعضهم بعضا فى وفاء المتعهد به ، وتتبع القواعد العامة المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل . (والتقنين المدنى الجديد لم يغير من مصدر التضامن الايجابى فهو الاتفاق ، ولا مـن مصدر التضامن السلبى فهو الاتفاق أو نص فى القانون . أما ما عرض له التقنين المدنى السابق من ان احكام الوكالة تنطبق على التضامن الايجابى وان احكام الوكالة والكفالة تنطبق على التضامن السلبى ، فقد تجنب ذكره التقنين المدنى الجديد ، مقتصرا على التطبيقات التشريعية التى اتى بها وهى تخرج فى بعض الأحوال على هذه الأحكام .

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٢٧٩ (مطابقة للمادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٦ (مطابقة للمادة ٢٧٩ من التقنين المـدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣١٥ : لا يكون الدائنون متضامنين الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك او كان القانون ينص على تضامنهم . (ونجد هنـا التقنين المدنى العراقى يصرح بأن القانون قد يكون مصدرا لتضامن الدائنين، وليس يوجد تطبيق لذلك : راجع الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٩٣ وهو لايشير الى اى تطبيق فى هـذا الصـدد)

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٢ : ان التضامن بين الدائنين يؤخذ بالاستنتاج لا بل يجب أن ينشأ عن عقد قانونى او عن القانون او عـن ماهية العمل .

(وهنا ايضا نجد التقنين اللبنانى يشير الى القانون مصدرا لتضامن الدائنين دون أن يورد مثلا لذلك) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٤١ : التضامن بين الدائنين او بين المدينين لايفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص فى القانون وذلك مع مـراعاة قواعد التجارة . (هذا النص مطابق للمادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى =

١٣٦ ـ التضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الارادة بوجه عـــام : بالرغم من أن نص المادة ٢٧٩ سالفة الذكر قد شمل التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين وقضى بأن مصدر التضامن يكون بناء على اتفـــاق أو نص فى القانون ، فلا يتوهم من ذلك أن التضـــامن بين الدائنين هو كالتضامن بين المدينين يكون بنـــاء على اتفـــــاق أو نص فى القانون • فالتضامن بين الدائنين لا يكون مصدره الا الاتفاق أو الوصية ، أى الارادة بوجه عام ، ولايكون مصدره القانون [1] •

والتضامن بين الدائنين نادر الوقوع فى العمل • وأكثر ما يقــع عندما يكون هناك مدينون متضامنون ثم ينقلبون الى دائنين متضامنين • مثل ذلك أن يبيع ثلاثة ستين قنطارا من القطن ويتضامنون فى الالتزام بالتسليم ، ثم لا يدفع المشترى الثمن ، فيكونون دائنين بالتضـــامن فى المطالبة بفسخ البيع • وكذلك لو كان العقد هبـــــة وأراد الواهبـــــون المتضامنون الرجوع فى الهبة ، فانهم يكونون دائنين متضامنين فى هـــذا الرجوع • ويصح أن يكون مصدر تضامن الدائنين الوصـــية ، فيوصى

= مع الاشارة فى النص الكويتى الى مراعاة قواعد التجارة) •
التقنين المدنى الاردنى م ٤١٢ : لايكون التضامن بين الدائنين الا باتفاق أو بنص فى القانون (هذا النص يطابق فى الحكم نص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى) •

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ص ٢٤ ـــ بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٢ ص ٢٥٢ وفقرة ١١٢٦ ـــ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠ ـــ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٤٦ ـــ جوسران ٢ فقرة ٧٥٧ ص ٤١٢ ـــ ويقول بيدان ولاجارد انه لاتوجد اية حالة للتضامن الايجابى يكون مصدرها القانون واذا كان يذكر فى بعض الاحيان حالة الشركاء فى شركة التضامن، فهؤلاء مدينون بالتضامن ، وليسوا دائنين بالتضامن ، والدائن هى الشركة دون غيرها (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٩٨٦ ـــ ص ٨٩٧). أنظر ايضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حيث تقول : « قد يكون مصدر التضامن السلبى والايجابى تعبيرا عن الارادة » • ثم تقول : « هذا وقد يكون نص القانون مصدرا للتضامن السلبى » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ ـ قارن مع ذلك التقنين المدنى العراقى المادة ٣١٥ وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١٢ •

شخص لأشخاص متعددين بمبلغ من النقود يستوفونه من تركته ويجعلهم متضامنين فى المطالبة بهذا المبلغ (١) ، وهنا نشأ التضامن الايجابى منذ البداية ولم ينعكس عن تضامن سلبى (٢) .

والسبب فى ندرة التضامن بين الدائنين أن مضار هذا التضامن تربى على فوائده . فان الدائنين اذا اشترطوا التضامن بينهم لا يكسبون من وراء ذلك الا أن أى دائن منهم يستطيع المطالبة بكل الدين ، كما يستطيع المدين أن يوفيه اياه كله . وهذا الكسب لا يعد شيئا مذكورا الى جانب

---

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٣٢ وفقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٠ - لوران ١٧ فقرة ٢٥٤ وفقرة ٢٧٦ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٣ وفقرة ١١٢٦ .

(٢) وعند الفرنسيين صورة عملية للتضامن بين الدائنين ، ألفوها مدة من الزمن للتهرب من ضريبة التركات . وذلك بان يودع المورث والوارث المحتمل - زوج وزوجته أو اب وابنه او نحو ذلك - النقود باسميهما فى احد المصارف على ان يكونا دائنين متضامنين لهذا الحساب المشترك (compte joint) فيمتكن بذلك اى منهما ان يسحب من المصرف كل المبلغ بمفرده ، فاذا مات احدهما وورثة الاخر سحب الوارث المبلغ كله ، فيفلت بذلك من ضريبة التركات . غير ان قانونين صدرا فى ٣١ مارس سنة ١٩٠٣ و ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ اعتبرا هذا الحساب المشترك ملكا مشتركا للدائنين ، فاذا مات احدهما اعتبر نصيبه تركه تبستحق عليها الضريبة ، على ان باب التحايل لايزال مفتوحا عن طريق اخفاء العنوان الحقيقى ، وعن طريق ايداع الحساب المشترك احد المصارف الأجنبية حيث لايسرى عليه التشريع الفرنسى (انظر فى ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦١ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٥٩٧ - ص ٥٩٨ - دى باج ٣ فقرة ٣٣٧) - اما فى مصر ففتح الحساب الجارى المشترك نادر الوقوع ، وترفضه المصارف عادة خشية النزاع الذى يقع بين ورثة من يموت من اصحاب الحساب ومن بقى من هؤلاء حيا (الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى ٢ ص ٣٤٩ - الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٧٥ هامش رقم ٢) .

كذلك صدر فى فرنسا قانون فى ١٦ يوليه سنة ١٩٣٤ وقانون آخر فى ٨ اغسطس سنة ١٩٣٥ يجعلان حملة سندات القرض الواحد فى موقف قريب من موقف الدائنين المتضامنين ، فحامل السند اذا قطع التقادم بالنسبة الى الارباح افاد من ذلك حملة السندات الآخرون : وكذلك اذا هو حصل على حكم افاد منه الآخرون ولو لم يكونوا طرفا فيه . وهذا الضرب من التضامن الايجابى الخاص يصح ان يقال بأن مصدره القانون (أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦١ - ص ٤١٦ - ص ٤١٧) .

ما يتعرض له الدائنون من الخطـر ، فان أى دائن منهم يستطيع أن يقبض الدين كله ، فتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء ، وليس لسائر الدائنين الا الرجوع كل بنصيبه على الدائن الذى استوفى الدين ، فاذا هو أعسر تحملوا تبعة اعساره ، وفى هذا من الخطر ما فيه . أمـا ما أفادوه من التضامن فيستطيعون الوصول اليه من غير هذا الطريق ، فانهم يملكون عند حلول الدين أن يعطوا أيا منهم توكيلا بقبض كل الدين (١) . على أنه يلاحظ أن التقنين المدنى الجديد قد تخفف بعض الشىء من مضـار التضامن بين الدائنين ، بأن نص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ عـلى جواز ممانعة الدائنين فى أن يوفى المدين الـدين لأحدهم ، كمـا لو كان التضامن ينطوى على وكالة يجوز الرجوع فيها ، وسيأتى بيان ذلك .

١٢٧ — التضامن بين الدائنين لا يفترض : ولما كان التضامن بين الدائنين مصدره الارادة أو الاتفاق ، فانه لا يجوز افتراض وجوده ، وما لم توجد ارادة واضحة لاخفاء فيهـا بانشاء هـذا التضامن فانه لا يقوم . فاذا باع مثلا ثلاثة أشخاص دارا لهم فى الشـيوع ، ولم يشترطوا على المشترى التضامن بينهم فى وضوح ، فلا يستخلص من

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٥٩٦ — دى باج ٢ فقرة ٣٢٦ — هذا ويبدو الفرق واضحا ما بين تضامن الدائنين والوكالة . فقد يوكل الدائن عنه شخصا فى قبض الدين ، فلا يكون هذا الوكيل دائنا متضامنا مع موكله، فان للدائن أن يعزله عن الوكالة ، واذا قبض الوكيل الدين وجب عليه دفعـة للموكل اذ لا نصيب له فيه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٨) .

والتضامن بين الدائنين اذا كان نافعا فهو أنفع للمدين منـه للدائنين المتضامنين ، اذ يتمكن لمدين أن يوفى الدين كله لاى من هؤلاء الدائنين فيبرأ ذمته نحو الباقين ، فيهيء التضامن له بذلك طريقا ميسرا للوفاء بالدين ، ولا حاجة به أن يقسم الدين على الدائنين فيعطى لكل نصيبه ، وفى هـذا من الكلفة والمشقة ما فيه . وقد كان التضامن بين الدائنين نافعا فى القانون الرومانى من ناحية خاصة بهذا القانون ، اذ كان يفتح الطريق لحوالة الحق بأن يضم الدائن من يريد ان يحول له الحق دائنا متضامنا معه ، فيجيز بذلك للمدين ان يوفى الدين كله لهذا الدائن المتضامن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧) .

شيوع الدار بين البائعين أنهم متضامنون فى تقاضى الثمن ، بل ينقسم الثمن عليهم كل بقدر نصيبه فى الدار المبيعة . كذلك اذا كان المشترى قد اشترط على البائعين التضامن فى التزاماتهم نحوه ، فان ذلـــك لا يؤخذ منه ضرورة أنهم متضامنون فى حقوقهم عليه ، بل لابد مــن اشتراط التضامن فى الحقوق كما اشترط فى الالتزامات (١) .

على انه لا يفهم من ذلك أن التضامن لابد أن يرد فيـه شرط صريح ، فقد يستخلص ضمنا من الظروف والملابسات (٢) ، ولكن يجب الا يكون هناك شك فى أنه مشترط .

وتقول المذكرة الايضـــاحية لمشروع التمهيدى فى هــذا المعنى ما يأتى : « ومن الاصول المقررة ان التضامن بنوعيه لا يفترض . وليس يقصد بذلك الى وجوب اشتراطه بصريح العبارة ، فقــد تنصرف اليه الارادة ضمنا ، ولكن ينبغى ان تكون دلالة الاقتضاء فى مثل هذه الحالة واضحة لاخفاء فيها . فاذا اكتنف الشك هذه الدلالة ، وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لاثبـــاته » (٣) . وليس من الضرورى ، فى الشرط الصريح ، أن يستعمل لفظ « التضامن » ، فأى لفظ يؤدى هذا المعنى يكفى ، كأن يشترط الدائنون أن يكون لاى دائن منهم أن يطالب المدين بكل الدين ، أو يشترط المدين انه يستطيع الوفاء بكل الدين لأى مــن الدائنين .

ولا يفترض التضامن بين الدائنين حتى فى المسائل التجارية ، بل يجب اشتراطه فى وضوح (٤) . وحتى فى شركة التضامن ، اذا كان كل

---

(١) لارومبيير ٣ م ١٩٧ فقرة ١٨ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٢٨ - لوران ١٧ فقرة ٢٥٦ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢١ . على أنه يصح أن يستخلص ضمنا من الظروف والملابسات أن التضامن فى الالتزامات يستتبع التضامن فى الحقوق (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠) .

(٢) على أنه يجب استخلاصه حتما من الظروف والملابسات ، فاذا قام فى شأنه شك أو لم يتيسر اثباته ، فانه لايفترض ، ويتعين استبعاده فى هاتين الحالتين (دى باج ٣ فقرة ٤١٤ ص ٢٩٩) .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ .

(٤) ليون كان ورينو ٣ فقرة ٣٨ - بودرى وبارد ٢ فقـــرة ١١٢٧ - بريدا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ (solidarité) فقرة ٨ .

الشركاء يديرون الشركة ، وأمكن لكل منهم أن يستوفى من مدينى الشركة ما عليهم من ديون لها ، فان ذلك لا يعنى أن الشركاء دائنون بالتضامن، بل ان كل شريك انما يعمل باسم الشركة ، والشركة وحـدها هى التى تستوفى ديونها عن طريق وكيل عنها هو أحد الشركاء [١] .

١٢٨ ــ وحدة المحل وتعدد الروابط : والتضامن بين الدائنين على النحو الذى سبق ذكره يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحـــد المحل . اما أن الالتزام يكون متعدد الروابط ، فــذلك بأن كل دائــن متضامن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن الروابط التى تربط المــدين بالدائنين المتضامنين الأخرين ، فتعدد الدائنين المتضــامنين يستتبع تعدد الروابط ، وأما ان الالتزام يكون موحد المحل فذلك هو الذى يحفظ للالتزام وحدته بالرغم من تعدد الدائنين ، ولو أن الدائنين المتعددين لم يكونوا متضامنين لما احتفظ الالتزام بوحدته ولكان التزاما متعدد الأطراف ينقسم على الدائنين المتعددين التزامات مستقلة بعضها عن بعض كما بينا فيما تقدم [٢] .

وبحسبنا هنا أن نبين أهم المظــاهر لتعدد الروابط بالرغم مــن وحــدة المحل [٣] :

---

(١) ليون كان ورينو ٢ فقرة ٢٩٥ ــ بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٧ .
واذا كان للدائن مدينون متضامنون ، ونزل عن حقه قبل أحدهم الى محال له ، واستبقى المدينين الباقين ، فهل يصبح هو والمحال له ، بالنسبة الى هؤلاء المدينين الباقين ، دائنين بالتضامن ويستخلص التضامن فى هذه الحالة من الظروف ؟ الظاهر انه لا تقوم علاقة التضامن بينهما ولا يمكن استخلاصها من هذه الظروف ، ولكن يصح اعتبارهما دائنين بالتضامم (in solidum) على غرار المدينين بالتضامم (انظر بلانيول وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨) .
أما اذا نزل الدائن عن حقه لمحال له دون أن يستبقى المدينين الآخرين ، فان المحال له وحده هو الذى يصبح الدائن مكان الدائن الاصل ، وتنتفى علاقة الدائن الأصلى بالمدينين المتضامنين .
(٢) انظر فى الدفاع عن فكرة تعدد الروابط ووحدة المحل فيما يتعلق بالتضامن السلبى بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٦٣/٣ .
(٣) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤ ــ بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٧ .

١ — يجوز أن تكون الرابطة التى تربط أحد الدائنين المتضامنين بالمدين موصوفة وتكون الروابط الأخرى بسيطة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامنين دائنا تحت شرط أو مضافا الى أجل ، ويكون سائر الدائنين المتضامنين حقوقهم منجزة . كما يجوز أن تكون احدى الروابط معلقة على شرط ، ورابطة أخرى مقترنة بأجل . والى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدنى اذ تنص على أنه « يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين » .

٢ — يجوز أن تكون احدى الروابط قد شابها عيب والروابط الأخرى غير معيبة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامنين قاصرا فتكون رابطته قابلة للابطال لنقص الأهلية ، أو يجوز أن تكون ارادته قد شابها غلط أو تدليس أو اكراه فتكون رابطته قابلة للابطال لهذا العيب دون الروابط الأخرى ، أو يجوز أخيرا أن تكون احدى الروابط دون غيرها قابلة للفسخ .

٣ — يجوز أن تنقضى احدى الروابط وتبقى مع ذلك الروابط الأخرى ، وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على تضامن الدائنين

١٢٩ — العلاقة ما بين الدائنين والمدين والعلاقة فيما بين الدائنين بعضهم ببعض : يجب ، فى بيان الآثار التى تترتب على تضامن الدائنين ، التمييز بين أمرين : ١ — العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين . ٢ — وعلاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين

١٢٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٨٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - اذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم ، الا اذا مانع أحدهم فى ذلك » .

« ٢ - ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام » .

وتنص المادة ٢٨١ على ما يأتى :

« ١ - يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين » .

« ٢ - ولا يجوز للمدين اذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا » .

وتنص المادة ٢٨٢ على ما يأتى :

« ١ - اذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله » .

« ٢ - ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الاضرار بالدائنين الآخرين » (١) .

---

(١) **تاريخ النصوص :**

م ٢٨٠ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما يتعلق بالفقرة الثانية =

وتقابل هـــذه النصوص فى التقنين المـدنى السـابق المـادة ١٠٧/١٦١ (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى

- أما الفقرة الاولى فقد كان نصها فى المشروع التمهيدى على الوجـــه الآتى « اذا كان التضـــامن بين الدائنين ، جاز لكـــل منهـم ان يطالب المـــدين بأداء كـــل الديـــن ، وجـاز للمـــدين أن يوفى الـــدين وفاء صحيحا لأى من الدائنين المتضامنين ، الا اذا قام دائن اخر باجراءات تمنع المدين من ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بمطالبة كل من الدائنين بأداء كل الدين لان هذا الحكم منصوص عليه فى المادة التالية ، وحذفت عبارة « وفاء صحيحا » اذ لا ضرورة لها ، وأصبحت المادة رقمها ٢٩٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « الا اذا مانع احدهم فى ذلك » بعبارة « الا اذا قام دائن اخر باجراءات تمنع المدين من الوفاء » ، لأن المقصود هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على فاء المدين لدائن اخر ، فى حين أن عبارة « الا اذا قام دائن اخر باجراءات الخ » قد توحى بأن الامر يتطلب اتخاذ اجراءات رسمية معينة ، مع أن المسألة لا تعدو مجرد الاعتراض. ومن المفهوم أن الاعتراض يثبت وفقا للقواعد العامة فى الاثبات ، ووافـــق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ، وأصبح رقمها ٢٨٠ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٥٣ ـ ص ٥٥) .

م ٢٨١ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، واقرته لجنة المراجعـــة تحت رقم ٢٩٣ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٥٥ ـ ص ٥٦) .

م ٢٨٢ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٤ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ رقم ٢٨٢ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ ـ ص ٥٩) .

(١) التقنين المدنى السابق م ١٠٧/١٦١ : « اذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقى فى استيفاء الشىء المتعهد به ، يكون كل منهم قائما مقام الباقى فى ذلك . وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل» . وقد سبق ايراد هذا النص . ولا فرق فى الاحكام ما بين التقنين الجـــديد والتقنين السابق ، وان كان التقنين السابق قد احال على احكام الـــوكالة جملة واحدة دون التفصيل الذى أتى به التقنين الجديد . هذا وقد أشـــار بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١١٦٨) ، وهو يعرض لبعض القوانين الأجنبية، الى ان التقنين المدنى المختلط السابق يقيم التضامن بين الدائنين على فكـــرة الوكالة ، فلا يجوز لأى دائن أن يقضى الدين بتجديد أو ابراء والا جـــاوز حدود الوكالة .

السورى المواد ٢٨٠ — ٢٨٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٦٧ — ٢٦٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٣١٦ — ٣١٨ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ١١ و ١٣ — ١٩ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٣٤٢ — ٣٤٤ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المـــواد ٤١٣ — ٤١٥ [١] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢٨٠ ـ ٢٨٢ (مطابقة للمواد ٢٨٠ ـ ٢٨٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٧ ـ ٢٦٩ (مطابقة للمواد ٢٨٠ ـ ٢٨٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣١٦ ـ ٣١٨ (متفقة فى مجموعها مع احكام التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١١ : يوجد التضامن بين الدائنين حين يكون شخصان أو عدة أشخاص اصحابا لدين واحد يحق لكل منهم ان يطلب دفع هذا بجملته ، كما يحق من جهة اخرى للمديون ان يدفع الدين الى اى كان منهم ، وهذا ما يسمونه تضامن الدائنين . على ان الدائن المتضامن لايحق له ان يتصرف فى مجموع الدين ، بل يعد مفوضا من قبل سائر الدائنين فى المحافظة على القسم الذى يتجاوز مبلغ حصته وفى استيفائه من المديونين .

م ١٣ : ان موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالايفـاء أو بأداء العوض أو بأداء الشىء المستحق أو بالمقاصة أو بتجديد التعاقد تجاه أحـد الدائنين . ان المديون الذى يوفى أحد الدائنين المتضامنين حصته فى الموجب يبرىء ذمته تجاه الاخرين على قدر هذه الحصة .

م ١٤ : ان اسقاط أحد الدائنين المتضامنين الدين لا يسرى على الآخرين ولا يبرىء المديون الا من حصة هذا الدائن . وان اجتماع صفتى الـــدائن والمديون فى شخص احد الدائنين المتضامنين وفى شخص المديون لا يسـقط الموجب الا بالنظر الى هذا الدائن .

م ١٥ : أن مرور الزمن الذى تم على حق الدائنين المتضامنين لايسرى على الآخرين . وخطأ أحد الدائنين المتضامنين أو تأخـــــره لا يضر ببقية الدائنين .

م ١٦ : اذا انذر احد الدائنين المديون أو اجرى حكم الفائدة على المدين، فسائر الدائنين يستفيدون من نتيجه عمله .

م ١٧ : ان الاعمال التى تقطع مرور الزمن بالنظر الى أحـــد الدائنين المتضامنين يستفيد منها الآخرون . أما الاسباب التى تقف سريان مرور الزمن فتبقى شخصية ومختصة بكل من الدائنين .

م ١٨ : أن الصلح الذى يعقد بين احد الدائنين والمديون يستفيد منه الدائنون الآخرون حينما يكون متضمنا الاعتراف بالحق أو بالدين . ولايسرى ـ

١٣١ - استخلاص المبادىء الاساسية : ويستخلص من هـــذه النصوص المبادىء الأساسية الثلاثة الآتية :

أولا - لأى دائن متضامن مطالبة المدين بكل الدين ، وللمدين أن يفى بكل الدين لأى مدين متضامن ، والوفاء بكل الدين لأى مديــن متضامن يبرىء ذمة المدين من الدين نحو سائر الدائنين (م ٢٨٠ - ٢٨١ مــدنى) .

ثانيا - أما أسباب انقضاء الالتزام الأخرى ، من تجديد ومقاصة واتحاد ذمة وابراء وتقادم ، فانها اذا تحققت بالنسبة الى أحد الدائنين المتضامنين ، اقتصر أثرها على حصة هذا الدائن ، ولا يحتج المدين بأيها على سائر الدائنين الا بمقدار هذه الحصة (م ٢٨٢/١ مدنى) .

ثالثا - ولا يجوز لأى من الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من

= عليهم هذا الصلح حين يتضمن اسقاط الدين او احراج موقفهم الا اذا رضوا به .

م ١٩ : اذا منح احد الدائنين المتضامنين المديون مهلة ، فلا يسرى ذلك على الآخرين ، ما لم يستنتج العكس من صك انشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية .

وهذه الأحكام التفصيلية الواردة فى التقنين اللبنانى تتفق مع ما أجمله التقنين المصرى فى نصوصه الثلاثة ، الا فى أن التجديد والمقاصة بين احــد الدائنين المتضامنين والمدين يبرئان ذمة المدين نحو سائر الدائنين فى التقنين اللبنانى ، ولا يبرئانه الا بقدر حصة الدائن الذى وقع منه التجـــديد أو المقاصة فى التقنين المصرى . هذا وقد اجمل التقنين المصرى احكام التضامن بين الدائنين لان هذا التضامن نادر فى العمل واحتفظ بتفصيل الاحــكام للتضامن بين المدينين الذى هو اكثر وقوعا . على ان اكثر الاحكام التى عنى التقنين المصرى بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين - كما تقـــول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى - من الميسور تصور نظيرها بصـــدد التضامن بين الدائنين . بيد انه رؤى اغفال هذه الاحكام فى معرض ايراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن حتى لا ينوء التقنين بنصوص حظها من التطبيق العملى جد يسير (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٤٢ - ٣٤٤ (متفقة فى مجموعها مع احكام التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤١٣ - ٤١٥ (متفقة فى مجموعها مع احكام التقنين المدنى المصرى ، باستثناء الفقرة الثانية للمادتين ٢٨٠ ، ٢٨٢ مــن التقنين المدنى المصرى فلم يرد لهما نظير بالتقنين المدنى الأردنى) .

شأنه أن يضر بسائرهم ، ولكن اذا أتى عملا من شأنه أن يفيدهم أفادوا منه (م ٢٨٢/٢ مدنى) .

والأصل فى ذلك أن كل دائن متضامن يعتبر ، فى استيفاء الدين من المدين ، أصيلا عن نفسه فى حصته ونائبا عن سائر الدائنين فى حصصهم ، فيكون استيفاؤه للدين مبرئا لذمة المدين نحو سائر الدائنين . أما فى أسباب الانقضاء الأخرى ، فليس الدائن نائبا عن الدائنين الآخرين ، بل هو أصيل عن نفسه فحسب ، وما يقع من هذه الأسباب يقتصر عليه وحده ولا يتعداه الى سائر الدائنين . ثم ان نيابة كل دائن عن سائر الدائنين تقوم أيضا فى كل عمل من شأنه أن يفيد هؤلاء الدائنين ، دون الأعمال التى يكون من شأنها أن تضر بهم (١) .

فعندنا اذن مسائل ثلاث نتناولها بالبحث على التعاقب : ١ - انقضاء الدين بالوفاء ٢ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء ٣ - أعمال الدائن التى من شأنها أن تفيد سائر الدائنين أو أن تضر بهم .

---

(١) يبين بودرى وبارد كيف تطورت هذه المبادىء من القانون الرومانى حتى وصلت الى التقنين المدنى الفرنسى . ففى القانون الرومانى كان كل دائن متضامن يستطيع ان يتصرف فى الدين كما لو كان هو الدائن الوحيد فيستوفيه ويقضيه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم ، فتبرأ ذمة المدين نحو سائر الدائنين . ولا يرجع الدائنون على الدائن الذى قام من جهته سبب الانقضاء الا اذا اثبتوا ان هناك مصلحة مشتركة بين جميع الدائنين ، فيرجع كل دائن بنصيبه فى هذه المصلحة المشتركة . أما فى القانون الفرنسى القديم فقد كان الحكم هو أيضا كالحكم فى القانون الرومانى ، الا أن المصلحة المشتركة بين الدائنين كانت مفترضة ، فكان كل دائن يرجع بنصيبه بحكم القانون . وتغير هذا الحكم فى التقنين المدنى الفرنسى ، فأصبح الدائن المتضامن لا يملك الا استيفاء الدين ، فاذا استوفاه أو وفاه المدين له برئت ذمة المدين نحو سائر الدائنين . أما ما عدا الوفاء من أسباب انقضاء الدين فلا يسرى فى حق الدائنين الآخرين الا بقدر نصيب الدائن الذى قام من جهته سبب الانقضاء . ويكون كل دائن متضامن ممثلا لسائر الدائنين لا فى الوفاء فحسب ، بل أيضا فى كل عمل من شأنه تثبيت الدين وتقويته ، دون الأعمال التى يكون من شأنها اسقاط الدين أو اضعافه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٢) .

١ - انقضاء الدين بالوفاء

١٣٢ - للمدين أن يوفى أى دائن كل الدين : وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدنى كما رأينا ، اذ تقول : « اذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم » . فللمدين اذن أن يختار أى دائن من الدائنين المتضامنين فيوفيه كل الدين ، وليس لمن اختاره المدين من الدائنين أن يرفض استيفاء الدين كله ، بل ليس له أن يقتصر على قبض نصيبه من هذا الدين ويرفض قبض الباقى ، وانما عليه أن يقبض كل الدين . وهذه هى الميزة الجوهرية للتضامن بين الدائنين ، فان هذا التضامن كما قدمنا أقرب أن يكون ضمانا للمدين منه ضمانا للدائنين المتضامنين ، اذ يستطيع المدين أن يوفى أحد هؤلاء الدائنين الدين كله دون أن يضطر الى تجزئة الدين واعطاء كل دائن نصيبه . واذا رفض الدائن الذى اختاره المدين قبض الدين ، جاز للمدين أن يعرضه عليه عرضا حقيقيا طبقا للاجراءات المقررة للعرض الحقيقى . ومتى قبض الدائن الدين أو تمت اجراءات العرض ، برئت ذمة المدين من الدين ، لافحسب قبل الدائن الذى قبض الدين وحده بل قبله وقبل سائر الدائنين .

وكما أن الدائن لايستطيع أن يفرض على المدين وفاء جزئيا بحصته من الدين فقط ، كذلك لايستطيع المدين أن يفرض على الدائن أى وفاء جزئى ولو بقدر حصة هذا الدائن ، بل انه اذا أراد اجباره على قبول الوفاء وجب عليه أن يعرض الدين كاملا غير منقوص .

وهذا لايمنع بداهة من أن يتفق المدين مع الدائن على أن يفى له بنصيبه وحده فى الدين ، ومتى قبل الدائن منه هذا الوفاء ، برئت ذمة المدين بقدر هذا النصيب ، وصار لأى دائن آخر من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بالدين بعد أن يستنزل منه نصيب الدائن الذى استوفى

حصته(١) . فاذا ما استوفاه على هذا النحو ، كان لكل دائن آخر — عدا الدائن الذى استوفى نصيبه طبعا — أن يرجع بنصيبه على من قبض الدين(٢) .

١٣٣ — مالم يمانع أحد الدائنين : وتقضى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدنى ، كما رأينا ، بأنه يجوز للمدين أن يفى بكل الدين لأى من الدائنين « الا اذا مانع أحدهم فى ذلك » . وقد كانت هذه العبارة الأخيرة الواردة فى النص نتيجة تحوير غريب فى لجنة مجلس الشيوخ ، كان من شأنه أن يقلب المعنى الذى كان المشروع التمهيدى قد قصد اليه . فقد كان نص هذا المشروع على الوجه الآتى : « ... جاز للمدين أن يوفى الدين وفاء صحيحا لأى من الدائنين المتضامنين ، الا اذا قام دائن آخر باجراءات تمنع المدين من ذلك » . وكان المقصود من هذه العبارة هو عين ماذهب اليه التقنين المدنى الفرنسى فى الفقرة الأولى من المادة ١١٩٨، وهى تنص على أنه « يكون للمدين الخيار فى أن يوفى الدين لواحد أو لآخر من الدائنين المتضامنين ، مادام لم يمنعه من ذلك مطالبة أحد الدائنين له بالوفاء (٣) » . فيكون المعنى المقصود فى المشروع التمهيدى أن للمدين أن يوفى كل الدين لأى دائن يختاره من الدائنين المتضامنين الا اذا طالبه بالدين دائن آخر ، واتخذ هذا الدائن اجراءات للمطالبة

---

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٥ .

(٢) انظر فى هذا المعنى المادة ١٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء الى أنه اذا استوفى أحد الدائنين المتضامنين جزءا من الدين ، حتى لو كان هذا الجزء هو نصيبه وحده ، جاز لسائر الدائنين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنسبة نصيبه فى الدين (لارومبيير ٣ م ١١٩٧ فقرة ٢٠ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٦ — فقرة ١٥٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٦) .

(٣) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Art. 1198: Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

تمنع المدين من الوفاء لغيره (١) . ويؤكد ذلك ماورد فى هذا الشـأن فى المذكرة الايضـــاحية للمشروع التمهيدى ، فهى تقول : « وليس يقتصر الأمر على تخويل كل من الدائنين المتضامنين حق اقتضاء الدين بأسره من المدين ، بل للمدين كذلك أن يبرىء ذمته بالوفاء لأيهم ، مالم يقم أحدهم بما يحول دون ذلك . فاذا اتخذ أحد الدائنين قبل المدين اجراءات المطالبة تعين عليه أن يقوم بالوفاء لمن باشر هذه الاجراءات وغـيره من الدائنين الذين أصبحوا طرفا فيهـا » .

ولكن لجنة مجلس الشيوخ لم تلتفت الى المعنى المقصود ، وظنت أن عبارة « الا اذا قام دائن آخر باجراءات تمنع المدين من الوفاء » يقصد بها مجرد الممانعة من دائن آخر أن يفى المدين للدائن الذى اختاره وذلك عن طريق اجراءات يتخذها الدائن المانع ، فحورت العبـارة بحيث أصبحت : « الا اذا مانع أحدهم فى ذلك » ، لأن المقصـود كما تقـول اللجنة ، هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على وفاء الدين لدائن آخر ، فى حين أن عبارة : الا اذا قام دائن آخر باجراءات تمنع المدين من ذلك ، قد توحى بأن الأمر يتطلب اتخاذ اجراءات رسمية معينة ، على أن المسألة لا تعدو مجرد الاعتـراض ، ومن المفهـوم أن الاعتراض يثبت وفقا للقواعد العامة فى الاثبات » (٣) .

---

(١) انظر أيضا فى هذا المعنى م ١١٩٦ من التقنين المدنى الايطالى الجديد (والمادة ١١٨٥ من التقنين المدنى الايطالى القديم) والمادة ١١٤٢ مـــن التقنين المدنى الأسبانى والمادة ٧٥٠ من التقنين المدنى البرتغالى والمادة ١٤٩ من المشروع الفرنسى الايطالى والمادة ٨٩٢ من التقنين المدنى النمســـاوى والمادة ١٤٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٩ من تقنين الالتزامات البولونى والمادة ٨٩٩ من التقنين المدنى البرازيلى . وانظر عكس ذلك المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى الألمانى وانظر فى هذه النصوص المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص ٤٥٠ _ ص ٤٥٣) . وانظر شرح هذا الحكم فى القانون الفرنسى وانتقاده والرد على هذا الانتقاد فى شـكل المطالبة بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٨ _ فقرة ١١٤٤ .

(٢) المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص ٤٥٣ _ مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٤ _ ص ٥٥ . وانظر آنفـــا فقرة ١٣٠ فى الهامش .

وواضح أن لجنة مجلس الشيوخ قلبت بهذا التحوير المعنى المقصود ، فلم يعد الأمر فى التقنين المدنى المصرى ، كما هو فى التقنين المدنى الفرنسى وغيره من التقنينات ، أن يطالب دائن متضامن آخر المدين بالوفاء فيتعين عندئذ على المدين أن يوفى الدين لهذا الدائن دون الدائن الذى اختاره هو • بل صار الأمر على الوجه الآتى : اذا اختار المدين دائنا متضامنا ليوفى الدين له ، جاز لأى دائن آخر أن يعترض على هذا الوفاء فيمنعه • ولكن ذلك لا يعنى أن المدين يتعين عليه أن يوفى الدين كله للدائن المعترض ، فليس هذا الدائن أولى بالوفاء له من الدائن الذى اختاره المدين • ونرى فى هذه الحالة أن الدائن الذى يعترض على الوفاء لغيره يكون قد نقض الوكالة المستخلصة من التضامن ، والتى بموجبها كان للدائن الذى اختاره المدين أن يقبض نصيب الدائن المعترض ، فيتعين على المدين أن يعطى لهذا الدائن نصيبه ، وألا يوفى للدائن الذى اختاره الا نصيبه وأنصبة الدائنين الآخرين الذين لم يعترضوا ، ولهؤلاء أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنصيبه • فنوفق بذلك بين حق الدائن المعترض من جهة وحق الدائن الذى اختاره المدين من جهة أخرى (١) • وقد زال بهذا التحوير غير المقصود عيب من عيوب التضامن بين الدائنين ، وأصبح لأى دائن متضامن أن يتوقى نتيجة تضامنه مع الدائنين الآخرين اذا اختار المدين غيره للوفاء ، فما عليه

---

(١) ويرى الأستاذ اسماعيل غانم أنه « اذا اعترض احد الدائنين ، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو ايداع الشىء محل الالتزام» قياسا على المادة ٢/٣٠٢ مدنى فى عدم قابلية الالتزام للانقسام (أحكام الالتزام فقرة ٢١٣ ص ٣٠٠ هامش رقم ١) • ونرى أن القياس هنا غير سائغ ، فان الالتزام غير القابل للانقسام لا يتجزأ حتى يعطى للدائن المعترض نصيبه منه ويعطى الباقى للدائن الذى اختاره المدين • ولما كان هذا الحل مستحيلا فى الالتزام غير القابل للانقسام وممكنا فى الالتزام التضامنى ، فقد استبعده المشرع فى الأول ولم يستبعده فى الثانى • هذا الى أن الحل الذى نقول به يجعل التضامن الايجابى اقرب الى ضمان المدين منه الى ضمان الدائن ، وهى النزعة التى يحسن تغليبها فى هذا النوع من التضامن •

الا أن يعترض فيستوفى نصيبه رأسا من المدين ، دون أن يعرض نفسه لاعسار الدائن الذى اختاره المدين • وقد وقف التقنين المدنى المصرى بهذا الحكم — عندما تتعارض رغبة المدين فى الوفاء لدائن معين مع رغبة دائن آخر فى أن يستوفى هو الدين — موقفا وسطا بين التقنين المدنى الفرنسى الذى يقدم رغبة الدائن على رغبة المدين والتقنين المدنى الألمانى الذى يقدم رغبة المدين على رغبة الدائن ، فأن هذا التقنين الأخير فى المادة ٤٢٨ منه لا يمنع المدين من أن يوفى الدين كله للدائن الذى اختاره بالرغم من مطالبة دائن آخر باستيفاء الدين (١) •

والاعتراض الذى يصدر من الدائن المانع لا يشترط فيه شكل خاص ، كما تذكر لجنة مجلس الشيوخ ، فيصح أن يكون بانذار رسمى على يد محضر ، يصح أن يكون مجرد اخطار كتابى أو شفوى ، على أن

---

(١) ولعل هذا يحدد نزعة كل من التقنينات الثلاثة : فالتقنين الفرنسى — اذا تعارض ما فى التضامن الايجابى من ضمان للدائن مع ما فيه من ضمان للمدين — يضحى ضمان المدين • والتقنين الالمانى يضحى ضمان الدائن • والتقنين المصرى يوفق بين الأمرين ، بأن يستبقى ضمان المدين ، مع اعطاء الدائن نصيبه فى الدين رعاية لمصلحته المشروعة •

وفى ضوء هذا الاعتبار ، نرى أنه اذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، فى التقنين المصرى ، ويكون المدين قد اختار أن يوفى الدين لغيره من الدائنين ، تعين على المدين أن يوفى أولا الدائن المطالب نصيبه فى الدين ، ثم يوفى للدائن الذى اختاره بقية الدين بعد استنزال نصيب الدائن المطالب فيتعادل على هذا النحو الدائن الذى يطالب بوفاء الدين له مع الدائن الذى يمانع فى وفاء الدين لغيره • وقد رأينا أن التقنين الفرنسى والتقنين الألمانى يقفان فى هذه المسألة موقفين متعارضين : فالتقنين الفرنسى يحتم على المدين أن يوفى الدين كله للدائن المطالب ، والتقنين الألمانى يجيز للمدين أن يوفى بالدين كله للدائن الذى اختاره •

ولكن يجب أن يلاحظ أنه اذا رجع أحد الدائنين المتضامنين على المدين يطالبه بكل الدين فى التقنين المصرى ، ولم يجز أن يقتصر المدين على اعطاء هذا الدائن نصيبه ، مكتفيا بالقول أنه اختار دائنا آخر للوفاء له بباقى الدين • بل يجب على المدين فى هذه الحالة أن يوفى كل الدين للدائن المطالب ، ما لم يكن قد دفع فعلا — ولو بعد هذه المطالبة — باقى الدين الى دائن آخر ، وقدم ما يثبت ذلك •

يكلف الدائن المانع باثباته ، ويكون الأثبات خاضعا للقواعد العامة التى تتطلب الكتابة فيما اذا كان نصيب الدائن المانع يزيد على عشرين جنيها • ويوجه الاعتراض الى المدين ، حتى يمتنع من وقت وصول الاعتراض اليه من دفع نصيب الدائن المعترض الى أى دائن آخر من الدائنين المتضامنين • وعلى الدائن المعترض أن يبين فى اعتراضه مقدار هذا النصيب ، تحت مسئوليته ، حتى يحتجزه المدين له •

١٣٤ — لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة الدائن المتضامن : وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام » • ومقتضى هذا الحكم أنه اذا مات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة متعددين ، فان الدين ينقسم عليهم كل بقدر نصيبه فى الميراث ، وذلك فيما يختص بالعلاقة بينهم وبين المدين • وقد كان المدين يستطيع أن يوفى الدين كله لمورثهم قبل موته على النحو الذى سبق بيانه ، وكان المورث يستطيع أن يطالب المدين بالدين كله على النحو الذى سيأتى بيانه • ولكن بعد موت المورث لا يستطيع المدين أن يفى لأحد الورثة من الدين كله الا بنسبة نصيبه فى الميراث ، ولا يستطيع هذا الوارث أن يطالب المدين بالوفاء الا بنسبة هذا النصيب • فلو أن الدائنين المتضامنين كانوا أربعة ، وكان الدين ستمائة ، ومات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة ثلاثة بأنصبة متساوية فى الميراث ، فان كل وارث منهم يستوفى من الدين مائتين فقط • فاذا ما استوفاها رجع عليه كل من الدائنين المتضامنين الثلاثة الآخرين بخمسين ، ويستبقى الوارث خمسين هى نصيبه فى الارث من حصة مورثه فى الدين ، وقد بلغت هذه الحصة مائة وخمسين (١) •

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : وتظل وحدة الدين مكفولة ما بقى الدائن المتضامن حيا • فاذا مات انقسم الدين =

هذا اذا كان الدين قابلا للانقسام • أما اذا كان غير قابل له ، فانه لا ينقسم على الورثة ، بل يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى وارث من ورثة الدائن المتضامن الذى مات ، كما يجوز لأى وارث أن يطالب المدين بكل الدين • فاذا استوفى احد الورثة الدين كله ، أعطى منه لكل دائن متضامن الحصه التى له فى الدين ، ثم أعطى لكل وارث نصيبه فى الارث من حصه المورث • ففى المثل المتقدم ، اذا قبض أحد الورثة الدين كله وهو ستمائة ، أعطى لكل من الدائنين المتضامنين الثلاثة الاخرين مائة وخمسين ، فيبقى معه مائة وخمسون هى حصة مورثه ، يعطى منها خمسين لكل من الوارثين الآخرين ، ويستبقى لنفسه خمسين هى نصيبه فى الارث من حصة مورثه •

وكثيرا ما يشترط فى التضامن بين الدائنين أن يكون الدين قابل للانقسام (١) ، توقيا من انقسامه على ورثة الدائنين ، وتيسيرا على المدين أن يوفى الدين كله لأى من الدائنين المتضامنين ولأى من ورثة هؤلاء (٢) •

= بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام • فلو فرض مثلا أن ثلاثة من الدائنين تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وقد توفى احدهم عن وارثين متكافئى الفرض ، فلا يجوز لايهما أن يطالب المدين الا بمبلغ ١٥٠ جنيها • (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٥٩) •

هذا ويلاحظ أن أحد الورثة ، اذا طالب المدين بنصيبه مطالبةقضائية ، فقطع التقادم وجعل الفوائد تسرى ، فانما يقطع التقادم ويجعل الفوائد تسرى. لا لصالح الورثة الباقين فقد انقسم الدين عليهم ، بل لصالح الدائنين المتضامنين الاخرين وفى حدود نصيب الوارث فقط ، أى أن التقادم ينقطع والفوائد تسرى بالنسبة الى الدائنين المضامنين الآخرين ، فى المثل المذكور فى المذكرة الايضاحية ، فى حدود مائة وخمسين فقط لا فى الدين كله وهو ثلثمائة (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ — ص ٦٠٣ وص ٦٠٢ هامش رقم ١) •

(١) أما مجرد اشتراط التضامن فلا يفيد وحده اشتراط أن الدين غير قابل للانقسام (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٨) •

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٧ ص ٣٠٥ — وكثيرا ما يشترط فى الأسهم والسندات انها لاتقبل التجزئة. فاذا مات صاحبها عن عدة ورثة لم ينقسم الحق عليهم ، ويجوز للشركة أن توفى أيا من الورثة كل الارباح وكل الفوائد (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢) •

١٣٥ ــ ولأى دائن مطالبة المدين بكل الدين : وكما يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لاى دائن متضامن على النحو الذى سبق بيانه وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة الى المدين ، كذلك يجوز لأى دائن متضامن أن يطالب المدين بالدين كله وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة الى الدائنين المتضامنين • وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدنى ، كما رأينا ، صراحة على هذا الحكم اذ تقول : « يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين » •

فاذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، وجب على المدين أن يفى له بالدين كله ، ويجوز لهذا الدائن اجبار المدين على ذلك • ومتى استوفى الدائن الدين ، فان ذمة المدين تبرأ منه بالنسبة الى الدائن الذى استوفى الدين وبالنسبة الى سائر الدائنين • ذلك أن التضامن ، كما قدمنا ، يجعل لكل دائن صفة فى استيفاء الدين كله ، بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن غيره من الدائنين المتضامنين • والمخالصة التى يعطيها من استوفى الدين من الدائنين تنفذ فى حقهم جميعا ، ولو لم تكن ثابتة التاريخ •

وللدائنين المتضامنين أن يطالبوا مجتمعين المدين بالوفاء ، وفى هذه الحالة يتعين على المدين أن يوفى كلا منهم نصيبه فى الدين •

وعندما يطالب الدائن المتضامن المدين بكل الدين ، يجب عليه ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدنى ، أن يراعى ما يلحق رابطته بالمدين من وصف يعدل من أثر الدين • فاذا كانت هذه الرابطة معلقة على شرط واقف أو مقترنة بأجل ، وجب على الدائن الا يطالب المدين الا عند تحقق الشرط والا عند حلول الأجل • وقد تكون رابطة أحد الدائنين معلقة على شرط ، ورابطة مدين ثان مقترنة بأجل ، ورابطة مدين ثالث منجزة ، فالأول لا يطالب بالدين الا عند تحقق الشرط ،

والثانى لا يطالب به الا عند حلول الأجل ، وللثالث أن يطالب به فورا(١) .

١٣٦ ــ أوجه الدفع التى يحتج بها الدائن المطالب : تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ولا يجوز للمدين اذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدين وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا » . فاذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، كان للمدين أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا ، وليس له أن يدفع المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بغير الدائن المطالب من الدائنين .

أما أوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب ، فمثلها أن تكون الرابطة التى تربط المدين بهذا الدائن مشوبة بعيب فى رضاء المدين لغلط أو تدليس أو اكراه ، أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ ، أوتكون قد انقضت لمقاصة وقعت بين المدين وهذا الدائن أو تجديد أو ابراء أو تقادم أو نحو ذلك ، وهذه جميعا يحتج بها المدين على الدائن ، وسنرى تفصيلها فيما يلى .

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد تلحق رابطة بعض الدائنين المتضامنين بالمدين وصف يختلف عن الوصف الذى تتسم به رابطة البعض الآخر ، كأن يكون الدين معلقا على شرط بالنسبة لفريق منهم ، ومضافا الى اجل بالنسبة للباقين . وفى هذه الحالة يتعين على كل منهم أن يعتد بالوصف اللاصق برابطته عند مطالبة المدين بالوفاء . وقد يطرأ هذا الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فقد يرتضى بعض الدائنين مثلا أن يولى المدين اجلا للوفاء بالدين ، وفى هذه الحالة لايجوز أن يحتج على الدائنين الآخرين بهذا الاجل ما لم يتضح نقيض ذلك من مشارطة ترتيب الالتزام أو من طبيعة التعامل أو من نص فى القانون : انظر م ١٩ من التقنين اللبنانى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨) .

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا ، فمثلها أن يكـــون العقد الذى أنشأ الالتزام التضامنى باطلا فى الأصل أو قابلا للابطـــال لنقض فى أهلية المدين أو لعيب فى رضاه من شأنه أن يحتج به على جميع الدائنين ، أو أن يكون العقد قابلا للفسخ بالنسبة الى هؤلاء جميعا ، أو أن يكون المدين قد وفى الدين جميعه لدائن آخر غير الـــدائن المطـــالب فبرئت ذمته نحو الجميع على الوجه الذى قدمناه • فهذه الأوجه كلهـــا يحتج بها المدين ، ويدفع بها مطالبة الدائن •

ولا يحتج المدين بأوجه الدفع الخاصة بدائن غير الدائن المطالب ، كما سبق القول • مثل ذلك تدليس أو اكـــراه صـــدر من دائن آخر ، أو سبب للفسخ قائم فى جانب دائن آخر ، أو مقاصة أو ابراء أو تجديد أو تقادم وقع بالنسبة الى دائن آخـــر الا فيما يتعلـــق بحصـــة هـــذا الدائن (١) •

٢ ــ انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٣٧ ــ المبدأ العام (تذكرة) : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢مدنى تنص على أنه « اذا برئت ذمة المدين قبـــل أحـــد الـــدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله » • وقد قدمنا أن الأصل فى ذلك أنه اذا كان كل دائن متضامن وكيلا عن سائر الدائنين فى اســـتيفاء الدين اذ أن هذا الاستيفاء فى مصلحتهم جميعا فيرجعون على الدائن كل بحصته فى الدين ، فانه بالنسبة الى أسباب الانقضاء الأخرى لا يعتبر الدائن المتضامن وكيلا عن سائر الدائنين ، بل يكون أصيلا عن نفســـه

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما فيما يتعلق بالوفاء فلكل دائن من الدائنين المتضامنين ان يستأدى الدين كل الدين • ولهم مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بالوفاء أمام القضاء =

فحسب . فاذا انقضى الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء غير الوفاء . وقام هذا السبب بأحد الدائنين المتضامنين ، برئت ذمة المدين بالنسبة الى سائر الدائنين من حصة هذا الدائن وحده ، وبقيت مشغولة بباقى الدين . وذلك لأن أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء لا تفيد سائر الدائنين كالوفاء ، فلا يجوز أن يضاروا بها (١) .

ونستعرض الآن أسباب الانقضاء المختلفة لنطبق فى شأنها هذا المبدأ . وقد طبقه التقنين المدنى الجديد تطبيقا تشريعيا فى التضامن بين المدينين لكثرة وقوعه ، واقتصر فى التضامن بين الدائنين على ايراد المبدأ لندرة هذا التضامن فى العمل كما قدمنا (٢) .

= ولا يجوز له اذا عمد أحدهم الى مطالبته على هذا الوجه ان يحتج الا بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن أو بالأوجه المشتركة بين الدائنين جميعا . أما أوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين كالغش أو الاكراه الصادر منهم ، فيمتنع عليه الاحتجاج بها » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨) .

(١) فالوفاء يجعل فى حيازة الدائن مبلغ الدين ، ومن ثم يستطيع الدائنون الآخرون أن يحجزوا عليه لاستيفاء حقوقهم ، ويأمنون بذلك الى حد كبير خطر اعساره اذا هم لم يتهاونوا فى رجوعهم عليه . أما أسباب الانقضاء الاخرى فبعضها لا يجعل فى حيازة الدائن مبلغ الدين الا حكما كما فى التجديد واتحاد الذمة والمقاصة ، وبعضها لا يجعل فى حيازة الدائن أى شىء على الاطلاق كما فى الأبراء والتقادم (انظر فى هذا المعنى لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ ص ٢٧٤ وقارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٥) .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لعل تعيين صلة الدائنين المتضامنين بالمدين أسبق ما يعرض من المسائل بصدد التضامن الايجابى . وقد عنيت المادتان ٤٠٤ و ٤٠٥ ببيان حكم هذه الصلة بصدد الوفاء فحسب باعتباره أهم سبب من أسباب انقضاء الالتزامات . أما ما عداه من الأسباب ، أو ما عدا ذلك من آثار هذا التضامن فى صلة الدائنين بالمدين بعبارة أعم ، فسيشار عند تفصيل الأحكام الخاصة بالتضامن السلبى ، وهو أوفر حظا من الأهمية فى نطاق العمل ، الى تطبيقات تلك الأحكام فى نطاق التضامن الايجابى . ومع ذلك فمن المستطاع بادىء ذى بدء تقرير قاعدة عامة أفرغت فى المادة ٤٠٦ من المشروع فى العبارة الآتية : اذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين ، ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين ان يأتى عملا من شأنه الأضرار بالدائنين الآخرين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ ـ ص ٥٨) .

١٣٨ ـ **التجديد** : فاذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين مع المدين ، اما بتغيير محل الدين أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن نفسه ، فان التجديد يقضى حصة الدائن فى الدين بالنسبة الى سائر الدائنين . ولأى دائن آخر أن يرجع على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذى وقع منه التجديد ، فلا تبرأ ذمة المدين اذن نحو سائر الدائنين الا بقدر حصة هذا الدائن [١] . فاذا ما رجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور ، فان المدين يكون قد دفع كل الدين أولاً عن طريق التجديد ثم دفعه مرة أخرى منقوصا منه حصة الدائن الذى وقع منه التجديد ، فيرجع على هذا الدائن بما دفعه فى المرة الأخرى فان هذا هو القدر الذى دفعه زائداً على ما فى ذمته .

وهذا الحكم يختلف قليلا عن الحكم المقابل له فى التضامن السلبى ، حيث تنص المادة ٢٨٦ مدنى على أنه « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » [٢] . وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى .

١٣٩ ـ **المقاصة** : واذا وقعت مقاصة ما بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين ، فان هذه المقاصة لا تقضى الدين بالنسبة الى سائر الدائنين المتضامنين الا بقدر حصة الدائن الذى وقعت معه المقاصة . فلا يجوز اذن للمدين أن يتمسك قبل الدائنين بالمقاصة التى وقعت مع

---

(١) بيرانتون ١١ فقرة ١٧٦ ـ ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٨ ـ لاروومبيير ٦ م ١١٩٨ فقرة ١٣ ـ ديمولومب ٢٦ فقرة ١٨٣ ـ لوران ١٧ فقرة ٢٦٩ ـ هيك ٧ فقرة ٣٠٤ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٦ ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٢ ص ٤١٨ .

(٢) ويتفق حكم تقنين الموجبات والعقود للبنانى فى التضامن الايجابى مع حكمة فى التضامن السلبى من حيث التجديد ، فالتجديد كقاعدة عامة مبرىء لذمة الجميع فى الحالتين كالوفاء وتنص المادة ١/١٣ من هذا التقنين على «أن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالايفاء او العرض او =

واحد منهم الا بقدر حصة هذا الدائن [١] ، ثم يرجع المدين على الدائن الذى وقعت معه المقاصة بما دفعه للدائنين الآخرين زائدا عما فى ذمته. وهذا هو أيضا حكم المقاصة فى التضامن السلبى (انظر م ٢٨٧ مدنى) .

١٤٠ — اتحاد الذمة : واذا اتحدت ذمة احد الدائنين المتضامنين بذمة المدين ، بأن ورث المدين أحد هؤلاء الدائنين ، فان اتحاد الذمة لا يقضى الدين بالنسبة الى سائر الدائنين المتضامنين الا بقدر حصة الدائن الذى وقع معه اتحاد الذمة ، فلا يتمسك المدين باتحاد الذمة الا بقدر حصة هذا الدائن [٢] .

= بايداع الشىء المستحق او بالمقاصة او بتجديد التعاقد تجاه احد الدائنين» . ثم تنص المادة ١١ من نفس التقنين على « ان تجديد الموجب بين الدائن وواحد من الموجب عليهم يبرىء ذمة الآخرين ، الا اذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد اما اذا اشترط الدائن قبول المديونين وامتنع هؤلاء ، فالموجب السابق لا يسقط » .

(١) مارتادية ٤ فقرة ٤٩٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ . ولكن انظر عكس ذلك : دايرنتون ١١ فقرة ١٧٨ — لاروميير ٣ م ١١٩٨ فقرة ٨ — ديمولومب ١١ فقرة ١٩٢ — هيك ٧ فقرة ١٠٥ . وانظر ايضا عكس ذلك المادة ١١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

ولا مجال فى مصر لهذا الخلاف فى الرأى لان نص الفقرة الاولى من المادة ٢٨٢ مدنى صريح فى تقرير الحكم (مع ذلك انظر العكس : الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢١٩) . وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتسرى القاعدة نفسها على التضامن الايجابى ، فليس للمدين ان يحتج على الدائنين المتضامنين بالمقاصة التى تقع بينه وبين دائن اخر الا بقدر حصة هذا الدائن : المادة ١٥٢ من المشروع الفرنسى الايطالى وليس لمن انقضى دينه من الدائنين المتضامنين بطريق المقاصة أن يرجع على المدين ، وللدائنين الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن بقدر حصته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٠) .

هذا ويحتج المدين بالمقاصة فى حدود حصة وقعت معه حتى لو كانت المقاصة جزئية ، ولا يعترض على ذلك بعدم جواز الوفاء الجزئى ، فان الوفاء الجزئى جائز فى المقاصة (ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩٤ — بودرى وبارد فقرة ١١٤٦) .

(٢) ومن ثم يجبر على دفع الباقى من الدين لأى دائن اخر ، وتبقى التأمينات الأصيلة التى كانت تضمن الدين كله ضامنة للباقى منه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٣ ص ٢٨٣) .

وهذا هو أيضا حكم اتحاد الذمة فى التضامن السلبى (انظر م ٢٨٨ مــــدنى (١)) .

١٤١ — الابراء : واذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المــدين ، لم تبرأ ذمة المدين نحو سائر الدائنين المتضامنين الا بقدر حصة الــدائن الذى صدر منه الابراء . ويرجع أى دائن آخر على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل نصيب هذا الدائن . وهذا هو أيضا حكم الابــراء فى التضامن السلبى (انظر المادة ٢٨٩ /١ مدنى (١)) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: « وكذلك يكون الحكم فى حالة التضامن الايجابى ، فلا يترتب على اتحاد الذمة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين انقضاء الدين الا بقدر حصة هذا الدائن: انظر المادة ١٤ /٥ من التقنين اللبنانى والمادة ١٥٢ من المشروع الفــــرنسى الايطالى والمادة ١٥٣ من المشروع الفرنسى الايطالى والمادة ٤٢٦ /٢ مــــن التقنين الالمانى . فاذا خلف الدائن المدين ، فلكل من الدائنين الآخرين ان يرجع عليه ، اما بوصفه دائنا قد استوفى الدين من طريق اتحاد الذمة ، وفى هذه الصورة لا يكون لمن يستعمل حق الرجوع الا المطالبةبحصته ، واما بوصفه وارث للمدين ، وفى هذه الصورة يكون لمنيستعمل حق الرجوع ان يطالببجملة الدين بعد استنزال حصة الدائن الذى خلف المدين . وان خلف المدين الدائن فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع بجملة الدين بعد استنزال حصة هــــذا الدائن . ويراعى أن الصورة الاولى يمتنع تحققها فى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ، فاذا توفى المدين وورثه دائن من الدائنين المتضامنين فيظل لهذا الدائن حقه فى الرجوع بجملة الدين على التركة شأنه فى ذلك شأن أى دائن آخر » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٧٢) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولا يجوز أن يحتج فى التضامن الايجابى بالابراء الصادر من أحد الدائنين على الباقين ، فلكل من هؤلاء ان يرجع على المدين بجملة الدين بعد استنزال حصة من صدر الابراء منه : انظر المادة ١٤ /١ من التقنين اللبنانى والمادة ١٥٤ من المشروع الفرنسى الايطالى والمادة ١١٨٨ /٢ من التقنين الفرنسى والمادة ٤٢٩ /٣ من التقنين الألمانى والمادة ٢٠ مــــن التقنين البولونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٠) .

وتضيف المذكرة الايضاحية ، فى شأن جواز الابراء من التضامـــن الايجابى على غرار الابراء من التضامن السلبى ، ما يأتى : « ومن الميسور أن يتصور الابراء من التضامن بصدد التضامن الايجابى أيضا ، فاذا ارتضى أحد الدائنين المتضامنين أن يستوفى نصيبه من الدين ، برئت ذمة المدين بقدر هذه الحصة بالنسبة للدائنين الآخرين : المادة ١٣ /٢ من التقنين اللبنانى =

١٤٢ ـ **التقادم** : وأذا تقادم الدين بالنسبة الى أحد الدائنين المتضامنين ولم يتقادم بالنسبة الى الآخرين ـ بأن كان الآخرون مثلا قد علق حقهم على شرط واقف أو أضيف الى أجل ، فلم يسر التقادم بالنسبة اليهم الا بعد سريانه بالنسبة الى الدائن الأول ذى الحق المنجز ، فانقضى حق هذا بالتقادم دون أن تنقضى حقوق أولئك ـ فان المدين لايحتج على سائر الدائنين الذين لم ينقص حقهم بالتقادم الا بقدر حصة الدائن الذى قضى التقادم حقه (١) ٠ وهذا هو أيضا حكم التقادم فى التضامن السلبى (أنظر المادة ٢٩٢/١ مدنى (٢)) ٠

٣ ـ أعمال الدائن التى من شأنها نفع سائر الدائنين أو الاضرار بهم ٠

= ويجوز أيضا أن يصدر الابراء من التضامن من احد الدائنين المتضامنين دون أن يستوفى حصته من الدين فعلا ، وفى هذه الحالة يكون لسائر الدائنين الذين لم يرتضوا هذا الابراء حق الرجوع على المدين بكل الدين ٠ فلو فرض أن دائنين أربعة تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ١٢٠٠ جنيه ،وابرا أحدهم المدين من الدين ، فلكل من الثلاثة الباقين أن يرجع على المدين بمبلغ ٩٠٠ جنيه ٠ فاذا أعسر هذا المدين اعسارا جزئيا ، ولم يستطيع الا اداء ٦٠٠ جنيه ، وجب أن يحتمل جميع الدائنين ، حتى من صدر الابراء منه ، تبعة الخسارة الناشئة من هذا الاعسار وقدرها ٣٠٠ جنيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٠ ـ ص ٨١) ٠

(١) الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٤ ص ٣٠٢ ـ انظر عكس ذلك الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٢١ ـ ص ٢٢٢ ـ ص ٢٢٣ هامش رقم ١) ٠

(٢) هذا ويبقى من أسباب انقضاء الالتزام الوفاء بمقابل واستحالة الوفاء ٠ ففى الوفاء بمقابل ، اذا وفى المدين أحد الدائنين المتضامنين الدين بمقابل ، لم يجز له أن يتمسك بذلك ضد الدائنين التضامنين الآخرين الابمقدار حصة الدائن الذى وفاه المقابل ، وذلك قياسا على سائر أسباب الانقضاء غير الوفاء ولأن الدائنين الآخرين لا يتقيدون بمقابل الوفاء الا اذا قبلوه وهم لم يفعلوا (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٠) ٠ أما استحالة الوفاء ، اذا وقعت على محل الدين وكانت بسبب أجنبى فانها تقضى الدين بالنسبة الى الدائنين جميعا ٠ فاذا كانت الاستحالة بخطأ المدين ، كان مسئولا عن التعويض لجميع الدائنين بالتضامن فيما بينهم (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٣ ص ٢٦٢ هامش رقم ١) ٠

١٤٣ — **المبدأ العام (تذكرة) :** رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢ مدنى تنص على مايأتى : « ولايجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الاضرار بالدائنين الآخرين » • وقد قدمنا أن الأصل فى ذلك أن وكالة كل دائن متضامن عن سائر الدائنين المتضامنين انما تقوم فى كل عمل من شأنه أن ينفعهم ، وهى لاتقوم فى أى عمل من شأنه أن يضر بهم • وهذا جد معقول ، فان الدائنين المتضامنين اذا وكل كل منهم الآخر فانما يوكله فيما ينفعه لا فيما يضره والمبدأ ذاته متبع أيضا فى التضامن السلبى كما سنرى •

ونطبقه الآن — كما طبقه المشرع فى صدد التضامن السلبى — على نوعين من الاعمال : ١ — أعمال من شأنها نفع الدائنين الآخرين فيسرى أثرها فى حقهم ، ونستعرض منها قطع التقادم ووقفه وأعذار المدين ومطالبته مطالبة قضائية والصلح معه صلحا يفيد الدائنين واقراره بالدين والحكم الذى يصدر لصالح أحد الدائنين • ٢ — وأعمال من شأنها الاضرار بالدائنين الآخرين فلا يسرى أثرهم فى حقهم ، ونستعرض منها اعذار الدائن والخطأ الذى يصدر منه والصلح مع المدين صلحا يضر الدائنين ونكول الدائن عن اليمين وتوجيه اليمين للمدين والحكم الذى يصدر لصالح المدين •

١٤٤ — **الاعمال النافعة :** اذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم ينقطع لصالح سائر الدائنين المتضامنين ، لأن الدائن الذى قطع التقادم يعتبر وكيلا عنهم فى هذا العمل الذى يفيدهم جميعا (١) • وعكس ذلك هو حكم قطع التقادم فى التضامن السلبى ، اذا قطع الدائن التقادم ضد

---

(١) واذا انقسم الدين على ورثة احد الدائنين المتضامنين ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، فان قطع أحد الورثة للتقادم لا يفيد بقية الورثة لأنه غير متضامن معهم بل ان الدين قد انقسم عليهم ، ولكنه يفيد بقية الدائنين المتضامنين فى حدود نصيب الوارث الذى قطع التقادم لانه متضامن مع هؤلاء الدائنين ، وقد ذكر ذلك (انظر آنفا فقرة ١٣٤ فى الهامش — وانظر ديرانتون ١١ فقرة ١٨٠ — لاروميبير ٣ م ١١٩٩ فقرة ٤ — لوران ١٧ فقرة ٢٦٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ — ص ٦٠٣ وص ٦٠٢ هامش رقم ١) •

أحد المدنيين المتضامنين ، فان قطع التقادم ضـــده لا يضر بالمدينين الآخرين (أنظر المادة ٢٩٢/٢ مدنى) • واذا كان سريان التقادم موقوفا بالنسبة الى أحد الدائنين المتضامنين ، بأن كان مثلا ناقص الاهليـــة وليس له ولى ، فانه لا يوقف بالنسبة الى باقى الدائنين مما لا يقـــوم بهم سبب لوقف التقادم (١) •

واذا أعذر أحد الدائنين المتضامنين المدين ، اعتبر المدين معـــذرا لصالح سائر الدائنين المتضامنين ، لان الاعذار عمل يفيدهم جميعـــا • وكذلك اذا طالب الدائن المدين مطالبة قضائية بالفوائد ، فان الفوائـــد تسرى أيضا لصالح سائر الدائنين • والحكم عكس ذلك فى التضامن السلبى ، فان ما يعتبر مفيدا للدائن يكون ضارا بالمدين (أنظر المـــادة ٢٩٣/٢ مدنى) •

واذا صالح أحد الدائنين المتضامنين المدين ، وتضمن الصـــلح اقرار المدين بالدين أو رتب فى ذمته التزاما أو زاد فى التزامه ، فان هذا الصلح يفيد منه باقى الدائنين (٢) • (أنظر فى التضامن السلبى المـــادة ٢٩٤ مـــدنى) •

واذا أقر المدين لاحد الدائنين المتضامنين بالدين، أفاد سائر الدائنين من هـــذا الاقرار ، بخـــلاف ما اذا أقر أحـــد الدائنين للمـــدين فان هذا الاقرار لايسرى فى حق الباقين (أنظر فى التضامن السلبى المـــادة ٢٩٦/٢ مدنى) •

---

(١) ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٩ ـ لوران ١٧ فقرة ٢٦٤ ـ هيك ٦ فقرة ٣٠٧ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٩ ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨ عكس ـ ذلك : ديرانتون ١١ فقرة ١٨٠ ـ لارومبير ٣ م ١١١٩ فقرة ٣ـ ديمولومب ٢٦ فقرة ١٧١ •

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هـــذا الصدد : « اذا تصالح أحد الدائنين المتضامنين مع المدين ، أفاد من هذا الصلح باقى الدائنين ، متى كان صلحه هذا يتضمن اقرارا بالحق أو بالدين• أما اذا كان ينطوى على ابراء من الدين أو يسىء الى مركزهم ، فلا ينفذ فى حقهم ما لم يرتضوا ذلك : انظر المادتين ١٨ و ١٩ من التقنين اللبنانى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩) •

واذا صدر حكم على المدين لصالح أحد الدائنين المتضامنين ، جاز للدائنين المتضامنين الباقين أن يتمسكوا بهذا الحكم لصالحهم ، الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالدائن الذى صدر الحكم لصالحه (أنظر فى التضامن السلبى المادة ٢/٢٩٦ مدنى) (١) .

١٤٥ ـ **الاعمال الضارة** : أما اذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين ، فان هذا الاعذار لايسرى فى حق الباقين ، لأن هذا عمل من شأنه الاضرار بهم وهم لم يوكلوا الدائن المعذر فى عمل يضرهم (أنظر فى التضامن السلبى المادة ٢/٢٩٣ مدنى) .

واذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ استوجب مسئوليته قبل المدين ، فان هذا الخطأ لايتعدى أثره الى سائر الدائنين المتضامنين ولا يكونون مسئولين عنه ، ولايكون أى دائن متضامن مسئولا الا عن فعله (أنظر فى التضامن السلبى المادة ١/٢٩٣ مدنى) .

واذا صالح أحد المتضامنين المدين وكان الصلح ينطوى على نزول من الدائن عن بعض حقه ، فان هذا الصلح لايسرى فى حق الدائنين المتضامنين الآخرين ، ولايعد هؤلاء نازلين عن بعض حقهم الا اذا قبلوا هذا الصلح (أنظر فى التضامن السلبى المادة ٢٩٤ مدنى) (٢) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتسرى القاعدة ايضا على التضامن الايجابى ، فاذا حكم لصالح احد الدائنين المتضامنين على المدين ، أفاد من هذا الحكم باقى الدائنين ، أما اذا قضى لصالح المدين فلا يضار الباقون بهذا الحكم . واذا الغى الحكم الصادر لصالح أحد الدائنين ، زال اثره بالنسبة لباقى الدائنين ، ولكن اذا كان جميع الدائنين قد اختصموا فى الدعوى بالغاء الحكم بالنسبة لاحدهم فلا يضار بذلك الباقون . ولا يترتب على اعلان الحكم لاحدهم سريان المواعيد المقررة للطعن فى الاحكام بالنسبة للباقين » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤) .

هذا واذا ارتكب المدين خطأ يستوجب مسئوليته ، فانه يكون مسئولا قبل جميع الدائنين المتضامنين .

(٢) انظر ما سبق ذكره من المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ (آنفا فقرة ١٤٤ فى الهامش) .

وفى توجيه اليمين ، اما أن يوجه المدين اليمين لاحد الدائنين المتضامنين أو يوجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين للمدين . ففى الحالة الأولى ، اذا حلف الدائن المتضامن أفاد من حلفه الباقون ، واذا نكل لم يضار الباقون بنكوله . وفى الحالة الثانية ، اذا حلف المدين لم يضار الدائنون الآخرون بحلفه ، واذا نكل أفاد من نكوله الدائنون الآخرون (أنظر فى التضامن السلبى المادة ٢٥٩/٢و٣ مدنى) .

واذا صدر حكم ضد أحد الدائنين المتضامنين لصالح المدين ، فان هذا الحكم لا يحتج به ضد سائر الدائنين المتضامنين (أنظر فى التضامن السلبى المادة ٢٩٦/١ مدنى) (١) .

وهكذا يضطرد المبدأ الذى قدمناه : ما كان من عمل يفيد سائر الدائنين فانهم يفيدون منه ، وما كان من عمل يضرهم فانهم لا يضارون به .

المطلب الثانى

علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض

١٤٦ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٨٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من المدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه »

---

(١) انظر ما سبق نكره من المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤ (آنفا فقرة ١٤٤ فى الهامش) . وانظر لوران ١٧ فقرة ٢٧١ . وانظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى لارومبير ٣م ١١٩٨ فقرة ١٥ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩١ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٩، ولكن يسلم الفقهاء الفرنسيون بأن الحكم الصادر ضد الدائن لسبب خاص به ، كنكوله عن اليمين أو اقراره أو توجيهه اليمين للمدين فيحلفها ، لا يسرى فى حق الدائنين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٠ ـ ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩١) .

« ٢ - وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٧/١٦١ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٨٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٧٠ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣١٩ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٠ - ٢٢ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٤٥ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤١٦ (٣) .

١٤٧ - انقسام الدين فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض : اذا كان الدين لاينقسم فى علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين ، بل يجوز لأى دائن استيفاء كل الدين من المدين ويجوز للمدين دفع الدين كله لأى دائن ، فان الدين فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينقسم . وما يستوفيه أحد

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبحت المادة ٣٩٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليها مجلس النواب . فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٠ - ص ٦٢) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ١٠٧/١٦١ (ونعيد ذكرها) : اذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقى استيفاء الشىء المتعهد به ، يكون كل منهم قائما مقام الباقى فى ذلك . وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل .

(ومادامت قواعد الوكالة هى التى تطبق ، فهى تسرى أيضا فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، ويعتبر من استوفى الدين من الدائنين وكيلا عن كل من الآخرين فى قبض نصيبه ، فعليه أن يسلمه اياه . وهذا هو نفس الحكم الذى قرره التقنين المدنى الجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٢٨٣ (مطابقة للمادة ٢٨٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٧٠ (مطابقة للمادة ٢٨٣ من التقنين المدنى المصرى) .

الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ، منقسما بينهم لكل منهم حصته (م ٢٨٣/١ مدنى) .

وهذه القاعدة تسرى أيا كانت طريقة الدائن فى استيفاء الدين . فيجوز أن يستوفيه رأسا من المدين ، كما يجوز أن يستوفيه من كفيل للمدين ، أو من محال عليه اذا حول المدين الدائن بحق للمدين على الغير وهذه هى حوالة الحق ، أو حوله بالدين على مدين آخر وهذه هى حوالة الدين(1) .

وتسرى القاعدة أيضا أيا كان المقدار الذى استوفاه الدائن : كل

= التقنين المدنى العراقى ٣١٩ (متفقة فى الحكم مع المادة ٢٨٣ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٠ : ما يأخذه كل واحد من الدائنين المتضامنين ، سواء أكان بالاستيفاء أم بالصلح ، يصبح مشتركا بينه وبين الدائنين الآخرين ، فيشتركون فيه على نسبة حصصهم . واذا حصل أحد الدائنين على كفالة أو حوالة لحصته ، فيحق للدائنين الآخرين الاشتراك فيما يوفيه الوكيل أو المحال عليه ، هذا كله ما لم يستنتج العكس من العقد أو القانون أو ماهية القضية .

م ٢١ : بعد الايفاء يقسم مجموع الدين حصصا متساوية اذا لم يشترط العكس .

م ٢٢ : ان الدائن المتضامن الذى لا يتمكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يستند الى خطأه هو مسئول تجاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم .

(والأحكام واحدة فى التقنينين اللبنانى والمصرى ، سواء من حيث المبدأ أو من حيث التفصيلات التى أوردها التقنين اللبنانى ويمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة فى مصر دون حاجة الى نص) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٤٥ (متفقه فى الحكم مع المادة ٢٨٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ٤١٦ (متفقه فى الحكم مع المادة ٢٨٣ من التقنين المدنى المصرى) .

(1) انظر المادة ٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى . أما الاستيفاء بطريق الصلح الذى يشير اليه التقنين اللبنانى فيجب فيه التمييز بين ما اذا كان الصلح ساريا فى حق سائر الدائنين طبقا للقواعد التى قدمناها فيكون للدائنين أن يرجعوا بحصصهم فى مقابل الصلح على الدائن الذى وقع منه الصلح ، وبين ما اذا كان الصلح غير سار فى حق سائر الدائنين فيكون لأى دائن منهم الرجوع على المدين ببقية الدين بعد ان يستنزل حصة الدائن الذى وقع منه الصلح .

الدين أو بعضه • فاذا كان قد استوفى بعض الدين ، جاز لكل دائن آخر أن يرجع عليه رجوعا جزئيا بقدر حصته فى هـذا البعض • أما اذا اتفق الدائن مع المدين على أن يفى بحصته وحده فى الدين ، فقد قدمنا أن هذا الاتفاق يصح ، وتبرأ ذمة المدين بقدر هذه الحصة ، ويكون لأى دائن آخر أن يطالب المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذى استوفى حصته (١) ، وان كان هناك رأى يذهب الى أن الدائنين الآخرين لهم حتى فى هذه الحالة الرجوع على المدين الذى قبض حصته كل بنسبة حصته فى الدين (٢) ؛ وقد تقدمت الاشارة الى ذلك (٣) •

١٤٨ — الأساس القانونى لرجـوع كل دائن بحصـته : ويجب أن نلتمس الأساس القانونى لرجوع كل دائن بحصـته فى العلاقة التى قام التضامن على أساسها بين الدائنين المتضامنين • فهم ولا شك شركاء فى مصلحة واحدة•فقد يكونون ملاكا على الشيوع لدار باعوها معا متضامنين فى استيفاء الثمن من المشترى • فعقد البيع الذى أنشـأ الالتزام بالثمن وأنشأ فى الوقت ذاته علاقة التضامن ما بين البائعين يمكن أن تستخلص منه ، فى هذه الحالة ، وكالة ضمنية صادرة من كل بائع للبائعين الآخرين فى استيفاء الثمن نيابة عنه وبتوكيله • فاذا أمكن استخلاص ذلك — وهو ممكن فى أكثر الاحوال — كان أساس الرجوع هو عقد الوكالة الضمنى المستخلص من رابطة التضامن (٤) •

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٢٢ •

(٢) لارومبيير ٣ م ١٩٧ فقرة ٢٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٦ — فقـرة ١٥٨ بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٦ وفقرة ١١٦٦ •

(٣) انظر آنفا فقرة ١٣٢ فى الهامش — هذا وتنص المادة ٢٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن الدائن المتضامن الذى لا يتمكن بعـد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يسند الى خطأه هو مسئول تجـاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم » • وهذا الحكم هو مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ به فى مصر دون نص • ومن ثم اذا ارتكب الدائن الذى استوفى الدين خطأ ، كان مسئولا عنه — مسئولية الوكيل أو مسئولية الفضولى — قبل الدائنين الآخرين • فاذا كان الدين مثلا عينا قبضها من المدين ثم هلكت بخطأه كان مسئولا عن تعويض كل دائن آخر بقدر حصته فى العين المقبوضة •

(٤) وعلى هذا الأساس كان التقنين السابق (م ١٠٧/١٦١) كمـا رأينا ، يبنى التضامن •

واذا لم يمكن استخلاص وكالة ضـــمنية ، فان قبض أحـــد الدائنين لجميع الدين انما يكون أصالة فى حصـــته ، وفضـــالة فى حصص ســـائر الدائنين • فيرجع هؤلاء على الدائن الذى استوفى الدين كل بقدر حصته، على مقتضى قواعد الفضالة •

وسنرى فى التضامن السلبى أن المدين المتضامن ، اذا وفى كل الدين ، رجع على المدينين المتضامنين كل بقدر حصته ، اما بدعوى شخصية تقوم على الوكالة أو الفضالة كما فى التضـــامن الايجابى ، واما بدعوى الحلول فيحل المدين الذى وفى الدين محل الدائن فى الدين الذى وفاه • ولاتتصور دعوى الحلول فى التضامن الايجابى ، فان هذه الدعوى لا تكون الا لمدين دفع الدين ويريد الرجوع على المدينين الآخرين فيحل محل الدائن فى هذا الرجوع ، ولا شىء من ذلك فيما نحن فيه •

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى بيان الأساس الذى يقوم عليه حق الرجوع ما يأتى : « وليس يبقى بعـــد ذلك ســـوى بيان الأساس الفقهى الذى يقوم عليه رجوع الدائنين المتضامنين فيما بينهم • وغنى عن البيان أن دعوى الحلول ، لا يتصور أن تتخذ أساســـا فى هـــذا الشأن • فالأمر سينحصر اذن فى الدعوى الشخصية ، وهى تؤسس على ما يكون بين هؤلاء الدائنين من علاقات سابقة ، قد يكون مصـــدرها وكالة أو فضالة »[1] •

١٤٩ — كيف تتعين حصة كل دائن متضامن : يغلب أن يكون هنـــاك اتفاق سابق بين الدائنين المتضامنين يعين لكل دائن حصته فى الدين • وقد يتولى القانون هذا التعيين اذا لم يكن هناك اتفاق • فاذا أغفـــل البائعون فى الشيوع مثلا تعيين نصيب كل منهم فى الثمن ، فان القواعد القانونيـــة تقضى بأن الثمن ينقسم بينهم كل بنسبة حصته فى الدار الشائعة المبيعة • بل ان القواعد القانونية قد تقضى بأن يكون أحد الدائنين المتضامنين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١ •

هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، وذلك اذا كان الدائنــون الاخرون ليسوا الا وكلاء سخرهم للعمل بالنيابة عنه ، وجعلهم دائنين متضـامنين معه • ففى مثل هذه الحالة اذا كان الذى اسـتوفى الدين من المدين هــو الدائن صاحب المصلحة فيه ، فليس لأحد من الآخرين حق الرجوع عليــه بشىء • أما اذا كان الذى استوفى الدين هــو دائن آخر ، فان صــاحب المصلحة فى الدين يرجع عليه بكل ماقبض ، لانه هو وحده صاحب الدين (١)

فاذا لم يوجد اتفاق بين الدائنين أو نص فى القانون ، لم يبق الا اعتبار الدائنين المتضامنين متساوين جميعا فى حصصهم ، وقسـم الدين بينهم بحسب الرؤوس (parts viriles) ، وهذا ما تقضى به الفقــرة الثانية من المادة ٢٨٣ مدنى (٢) •

« فلو فرض — كما تقول فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى — أن أحد دائنين ثلاثة استوفى كل الدين ، وكان مقداره ٣٠٠ جنيــه ، تعين انقسام المبلغ بينهم بالتساوى ، فيكون لكل من الدائنين الآخرين أن يرجع على الدائن الأول بمبلغ مائة جنيــه • ولو فرض أن هــذا الدائن أعسر اعسارا جزئيا لا يتاح معه الا أداء نصف ديونه ، تحمل الدائنان الآخران

---

(١) وفى هــذا المعنى تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « يعتبر الدين وحدة لاتقبل التجزئة فى صلة الدائنين بالمدين ، ولكنه على نقيض ذلك ينقسم فى صلة الدائنين بعضهم ببعض • ويتفرع على ذلك أن كل مايستوفى أحد الدائنين من الدين يصبح من حق هؤلاء الدائنين جميعا ، ويتحاصون فيه بنسبة أنصبائهم ، وفقا لما اتفقوا عليه صراحة أو ضمنا • فاذا كان أحدهم هو صاحب المصلحة فى الدين وحده ، وكان الباقون مجرد وكلاء سخروا فى الواقع من الأمر ، استقل هذا الدائن وحده بالدين بأسره ان كان قد استوفاه ، وله أن يرجع به كله على من يستأديه من سائر الدائنين » (مجموعة الأعمــال التحضيرية ٢ ص ٦٠ — ص ٦١) •

(٢) والأصل أن الحصص تكون متساوية ، ما لم يثبت أن هناك اتفاقا أو نصا يقضى بغير ذلك ، ومن يدعى من الدائنين عدم التساوى هو الذى يحمل عبء اثباته وفقا للقواعد العامة فى الاثبات ، فلا يجوز اثبات الاتفــاق اذا كانت قيمة الحصة تزيد على عشرين جنيها الا بالكتابة أو بما يقوم مقامهـا (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٥ ص ٢٨٥) •

تبعة هذا الاعسار كل بنسبة نصف نصيبه (فيحصل كل منهما على خمسين جنيها بدلا من مائة ، ولا يتحمل المدين تبعة اعسار الدائن وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة اليه) . وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين المتضامنين الا استيفاء نصف الدين أى مبلغ ١٥٠ جنيه ، فلا يكون لكل من الدائنين الآخرين فى هذه الحالة أن يستوفى الا مبلغ خمسين جنيها ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائنون الثلاثة تبعة هذا الاعسار كل بنسبة النصف من نصيبه » (١) .

المبحث الثـــالث

صورة خاصة من التضامن بين الدائنين

(الدين المشـــــترك)

١٥٠ ــ الدين المشترك صـــورة خاصـــة من التضـــامن بين الدائنين يعرفها الفقه الاسلامى والتقنين المدنى العراقى والتقنين المدنى الاردنى دون التقنين المدنى المصرى وسائر التقنينات المدنية العربية : وهناك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين لا تصل الى المدى الذى رسمناه فيمـــا تقدم ، بل تقصر عنه فى بعض النواحى ، وهذه الصورة الخاصة هى مـــا يعرفه الفقه الاسلامى تحت اسم « الدين المشترك (٢) » . وقد نقلها عن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١ ــ وانظر فى بعض التشريعات الأجنبية فى التضـــــامن ما بين الدائنين ، بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٧ ــ فقرة ١١٦٩ .

(٢) يعرف الفقه الاسلامى ، الى جانب نظام الدين المشترك ، نظـــام التضامن سواء بين الدائنين أو بين المدينين .

فالتضامن بين الدائنين يقوم فى شركة المفاوضة ، سواء كانت شركـة أموال أو شركة أعمال شركة وجوه ، متى كان الدين ناشئا عن أعمال التجارة . فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالثمن اذا باع أحدهما مالا للشركة ويعتبرون كذلك دائنين متضامين بالتعويض اذا اغتصب شخص مالا للشركة . كذلك يقوم التضامن بين الدائنين فى شركة العنان اذا كانت شركة أعمال ، فالشركاء دائنون متضامنون بالاجر المستحق . واثر التضامن بين الدائنين يجعل لكل =

الفقه الاسلامى - وعن المجلة بنوع خاص - التقنين المدنى العراقى والتقنين المدنى الاردنى . ولم ينقلها التقنين المدنى المصرى ولا التقنينات المدنية العربية الاخرى . ومن ثم يكون هذا البحث مقصورا ، من ناحية

= دائن أن يطالب المدين بكل الدين . واذا وفى المدين احد الدائنين كل الدين برئت ذمته نحو الجميع . ويرجع الدائنون على شريكهم الذى قبض الدين . كل منهم بحصته ، وحصصهم دائما متساوية فى شركة المفاوضة . والتضامن بين الدائنين فى شركة المفاوضة يقوم على فكرة الوكالة ، فكل شريك وكيل عن الآخر فى القبض والتقاضى وفى جميع حقوق العقد . ويقوم التضامن بين الدائنين فى شركة العنان على تضامنهم كمدينين ، فالشركاء مدينون متضامنون فى التزامهم بالعمل فيكونون دائنين متضامنين فى حقهم فى الاجر .

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء فى شركة المفاوضة ، ولو نشأ الدين عن غير أعمال التجارة ، ما دام ذا صبغة مالية . ويقوم كذلك فى شركة العنان اذا كانت شركة أعمال فيكون الشركاء متضامنين فى التزامهم بالعمل كما قدمنا . وهم ايضا مدينون متضامنون بالتعويض المستحق فى حالة هلاك الشىء المسلم لهم ، لو كان الهلاك منسوبا لخطأ أحدهم دون الآخرين . وهناك أيضا تضامن اتفاقى بين المدينين : فاذا نشأ الالتزام عن مصدر واحد وكان محله واحدا وتعدد المدينون وكفل بعضهم بعضا كانوا جميعا مدينين متضامنين . والتضامن بين المدينين ، سواء كان اتفاقيا أو قانونيا (فى شركتى المفاوضة والعنان) ، يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين . ومن ثم فاحكام الكفالة هى تسرى ، ويجوز للدائن ان يرجع على أى مدين بكل الدين بصفته أصيلا عن نفسه وكفيلا للمدينين الاخرين ، وكذلك يجوز لاى مدين أن يفى الدائن الدين كله بصفته أصيلا وكفيلا . واذا وفى أحد المدينين كله للدائن ، رجع على المدينين الآخرين ككفيل اذا كانت الكفالة بأمرهم ، وله ان يرجع على كل منهم بحصته ، كما له أن يرجع على أى منهم بحصته وبنصيبه فى حصص الآخرين ثم يرجعان معا بالباقى على سائر المدينين . فلو كان الدين ثلثمائة ، وكان المدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية ووفى أحدهم الدين كله للدائن فانه اما أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بمائة ، واما أن يرجع على أحدهما بمائة وهى حصته فى الدين وبخمسين وهذا هو نصيبه فى حصة المدين الثالث ثم يرجع كل منهما على المدين الثالث بخمسين .(انظر فى التضامن بين الدائنين وبين المدينين فى الفقة الاسلامى الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ٣٠٣ - ٣٧٨) .

ويتبين مما قدمناه أن الكفالة هى التى جعلت أساسا للتضامن السلبى فى الفقه الاسلامى ، وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك التجديد فى الفقه الاسلامى ، فللدائن أن يطالب بالدين كله أيا شاء المدين الأصلى أو الكفيل ، فتمشت أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن الى مدى بعيد . أما تاريخ الكفالة فى الفقه فهو على العكس من ذلك ، اذ التضامن هو الذى =

التطبيق ، على التقنين المدنى العراقى والتقنين المــدنى الاردنى دون غيرهما من التقنينات المدنية العربية .

وتبحث الدين المشترك كما بحثنا التضامن بين الدائنين ، فنستعرض: « أولا » مصدر الدين المشترك « ثانيا » الآثار التى تترتب على الاشتراك فى الدين .

المطلب الأول

مصدر الدين المشـــترك

١٥١ — نص فى التقنين المدنى العراقى : تنص المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى :

« ١ — يكون الدين مشتركا بين عدة دائنين اذا نشأ من سبب واحد ، وكان غير متجزىء اما لوحدة الصفقة أو لسبق الاشتراك فى المــال الذى نشــأ عنه الدين » .

« ٢ — فيعتبر دينا مشتركا ثمن المبيع المشـــترك بين اثنين أو أكثر ، وثمن الشيئين ولو كانا غير مشتركين ، مادام البيع فى الحالتين قد صـــدر صفقة واحدة من غير تعيين ثمن حصة كل واحد . ويعتبر دينـــا مشـــتركا كذلك الدين الآيل بالارث الى عدة ورثة ، وقيمة المال المشترك اذا استهلك، وبدل القرض المستقرض من مال مشترك »[1] .

= وجد أولا وكان أساسا للكفالة . ثم تميز المكفول بعد ذلك عن الدين المتضامن حتى كسب فى النهاية حق التجريد .

ونظام الدين المشترك ، كما سنرى ، يحتل مكانا بارزا فى الفقه الاسلامى وهو أكثر بروزا من نظام التضامن ، فقد أفاض الفقه الاسلامى فى تفصيل قواعده ، وجعله نظاما أصيلا تقوم مبادئه مستقلة على فكرة الاشتراك .

(١) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤١٧ التى جرى نصها بما يأتى : يكون الدين مشتركا اذا اتحد سببه وكان دينا آل بالارث الى عدة ورثة أو مالا مستهلكا ومشتركا أو بدل قرض مستقرض من مـــال مشترك .

ويتبين من هذا النص أن الدين المشترك بين عدة دائنين له مصدر واحد لا يتعدد • ويجب الى جانب ذلك أن يكون هناك اشتراك فى الدين بين الدائنين ، فما لم يوجد هذا الاشتراك انقسم على الدائنين المتعددين وأصبح دينا متعدد الأطراف (obligation conjointe) على النحو الذى قدمناه •

والاشتراك فى الدين اما أن يرجع الى طبيعة الاشياء بأن يكون المال الذى نشأ عنه الدين مالا مشتركا « أى شائعا » بين الدائنين فينشأ الاشتراك فى الدين من سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين ، واما أن يرجع الى اتفاق المتعاقدين اذا تعدد الدائنون واتفقوا مع المدين على أن يكون الدين مشتركا بينهم وذلك بأن يجعلوا الصفقة واحدة •

فهناك اذن مصدران للاشتراك فى الدين : ١ — سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين • ٢ — ووحدة الصفقة • فنتناولهما متعاقبين بالبحث •

١٥٢ — سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين : فى هذه الصورة يكون هناك مال شائع بين اثنين أو أكثر ويكون هذا المال هو مصدر الدين المشترك •

ويصح فى هذه الحالة أن ينشأ الدين مشتركا منذ البداية ، ويتحقق ذلك اذا آل دين للتركة الى ورثة متعددين • فاذا كان للتركة دين فى ذمة مدين لها ، وكان الورثة ثلاثة مثلا — زوجا وابنا وبنتا — فكان للزوج الربع وللابن النصف وللبنت الربع ، كان هذا الدين الذى للتركة دينا مشتركا منذ البداية بين الورثة الثلاثة بالحصص المتقدمة الذكر[١] •

وقد يكون الموجود فى البداية هو المال الشائع لا الدين المشترك ، ثم ينشأ الدين المشترك بعد ذلك عن المال الشائع • مثل ذلك أن يرث ورثة

---

(١) وكذا اذا أوصى المتوفى لرجلين بالدين الذى له على آخر ، فالدين أيضا مشترك بينهما لاتحاد سببه وهو ••• الوصية (شرح المجلة لسليم باز م ١٠٩٢ ص ٦٦١) •

متعددون عينا من أعيان التركة على الشيوع ويبيع الورثة العين صفقة واحدة ، فالدين بالثمن الذى نشأ عن هذا المال الشائع يكون دينا مشتركا بين الورثة المتعددين • وقد يكون سبب الشيوع فى العين سببا آخر غير الميراث ويبيع الملاك فى الشيوع العين صفقة واحدة : فيكون الدين بالثمن هنا أيضا دينا مشتركا بين البائعين المتعددين • واذا كانت العين الشائعة بين الملاك المتعددين قد أتلفها شخص فوجب عليه التعويض لملاك العين ، فالدين بالتعويض الذى نشأ عن هذا المال الشائع يكون دينا مشتركا بين الملاك المتعددين • واذا أقرض الملاك المتعددون شخصا مالا شائعا بينهم ، فالدين برد القرض وقد نشأ عن مال شائع يكون دينا مشتركا بين المقرضين المتعددين(١) •

(١) وقد ذكرنا فى بيع المال الشائع – سواء صدر البيع من الورثة أو من الملاك فى الشيوع – أن البيع يجب أن يصدر صفقة واحدة ، ولم نذكر ذلك فى دين التعويض عن اتلاف مال مشترك ولا فى التزام المقترض برد المال المشترك الذى اقترضه • ذلك أن التعويض فى حالة الاتلاف ، والمال الذى يرده المقترض فى حالة القرض ، انما هو بديل عن المال المشترك الذى كان سببا فى نشوء الدين ، فيتخذ صفته ويكون مالامشتركا مثله • أما الثمن ، فى حالة بيع المال المشترك ، فلا يتخذ صفة المال المشترك الااذا كان المبيعقدبيع على أنهمالمشترك أى بيع صفقة واحدة ، لاحتمال أن يبيع كل مالك على الشيوع نصيبه فى المال الشائع على حدة فتتعدد الصفقة وينقسم الثمن على البائعين فلا يكون دينا مشتركا •

ويقول الأستاذ شفيق شحاته فى مناسبة القرض والعمل غير المشروع ما يأتى : « ويلاحظ مع ذلك أن دين المقرضين يعتبر دينا واحدا اذا كان المبلغ المقرض من مال مشترك ولو أن عقد القرض لا يعتبر صفقة واحدة عند تعدد المقرضين ، ذلك أن الاشتراك هنا قد فرضته طبيعة الأشياء فهو نتيجة حتمية لكون المبلغ المقترض مشتركا – ان المقترض يرد مثل ما اقترض تماما ، فكان من الطبيعى أن يبقى المردود مشتركا كما كان المأخوذ ولذلك لا يكون المردود مشتركا اذا لم يكن المأخوذ كذلك ، أى لا يكون الدين واحدا اذا لم يكن القرض من مال مشترك • وهذا هو كذلك حكم رجوع الدافعين بأمر المدين فان دينهم يكون مشتركا اذا دفعوا من مال مشترك ، ذلك أن الدفع هنا هو فى الواقععبارة عن اقراض فيأخذ حكمه • وفى جميع ما تقدم نشأ الدين عن تعاقد • وقد ينشأ كذلك عن ضرر ويكون لمتعدد ، وهو يعتبر دينا واحدا فى الحالة الأخيرة اذا كان الضرر قد لحق مالا مشتركا بين اثنين أو وقع على نفس مورثهما المشترك • أما اذا لحق الضرر أموالا مختلفة مملوكة لجملة أشخاص ، فلا يكون الدين واحدا • وقد فسروا ذلك بصريح العبارة أن السببوهو الجريمةلايعتبر =

ونرى من الأمثلة المتقدمة أن الدين المشترك فى الصـــورة التى نحن بصددها هو دين قابل للتجزئة، ولكن طبيعة الأشياء ــ اى سبق الاشتراك فى المال ــ اقتضت أن يبقى الدين مشتركا بين الدائنين المتعددين •

١٥٣ ــ وحدة الصــفقة : وقد لا يرجع الاشـــتراك فى الدين الى طبيعة الاشياء ، أى الى سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين على النحو الذى قدمناه ، بل يرجع الى الاتفاق • مثل ذلك أن يبيع شخصان ، أحدهما يملك أرضا زراعيــة والآخر يملك المواشى اللازمة لزراعة هــذه الارض ، كلا من الارض والمواشى لمشتر واحد صفقة واحدة بثمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل واحد منهما(١) • فهنا اتفاق ضمنى بين البائعين والمشترى على أن يكون الدين بالثمن دينا مشتركا بين البائعين ، يدل على هذا الاتفاق أن البيع صدر صفقة واحدة بثمن واحد من غــير تعيين ثمن حصة كل من البائعين • وهذا لا يمنع من قيام اتفاق بين البائعين فى علاقة أحدهما بالآخر يحدد حصة كل واحد منهما فى الثمن (٢) • ومن هـــذا نرى أن ارادة المتعاقدين ، لا طبيعة الاشياء ، هى التى اقتضت فى هــذه الصورة أن يبقى الدين مشتركا بين الدائنين المتعددين •

= واحدا فى الحالة الاخيرة ، ويعتبر كذلك فى الحالة الأولى» (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية فقرة ٢٩٩ ــ فقرة ٣٠٠ والنصوص الفقهية المشار اليها) •

(١) فلا يكون الدين مشتركا اذا تعين لكل من الباقين حصة من الثمن ، أو كان الثمن المستحق لأحدهما يختلف عن الثمن المستحق للاخر فى ماهيته أو فى صفته ، وذلك على اعتبار أن الثمن فى الفقه الاسلامى قد لا يكون نقودا (الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة فى الالتزامات فى الشريعة الاسلامية فقرة ٢٩٦ والنصوص الفقهية المشار اليها) • وهذا على رأى أبى يوســف ومحمد وهو الرأى الراجح فى المذهب الحنفى ، ويذهب أبو حنيفة الى جواز أن تكون الصفقة واحدة مع تعيين حصة من الثمن لكل من البائعين •

(٢) والمراد الا يذكر حين البيع حصة كل شريك من الثمن لا من المبيع •• وقولهم مال مشترك قيد اتفاقى ، اذ لو كان لكل منهما عين على حدة ، فباعاها صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما ، كان الثمن أيضا مشتركا بينهما (شرح المجلة لسليم باز م ١٠٩٥ ص ٦١١) •

١٥٤ ــ مقارنة بين الاشتراك فى الدين والتضـــامن بين الدائنين من حيث المصدر : ونرى مما تقدم أن مصدر الاشتراك فى الدين اما أن يكون سبق الاشتراك فى المال وهذا وضع قانونى ، واما أن يكون وحدة الصفقة وهذا وضع اتفاقى ، أى أن مصدر الدين المشترك هو القانون أو الاتفاق • أما التضامن بين الدائنين فقد رأينا أن مصدره يكون دائما الاتفاق الصريح أو الضمنى ولا يكون القانون أبدا • ثم ان الاتفاق على التضـــامن غـــير الاتفاق على الاشتراك فى الدين ، فالدائنون اذا اتفقوا على التضامن فيما بينهم يكونون قد وثقوا علاقاتهم بعضهم ببعض أكثر مما وثقوها فيما اذا اتفقوا على الاشتراك فى الدين • وســـنرى أن الآثار التى تترتب عـــلى الاشتراك فى الدين أقل مدى من تلك التى رأيناها تترتب على التضـــامن بين الدائنين •

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على الاشتراك فى الدين

١٥٥ ــ المبادىء الرئيسية : يترتب على الاشـــتراك فى الدين ضرب من التضامن بين الدائنين هو فى جملته أقل توثقا من التضامن العادى الذى سبق بيانه • ويجب التمييز فى هـــذا الصـــدد بين علاقة الدائنين بالمدين وعلاقة الدائنين بعضهم ببعض •

(أولا) فمن حيث علاقة الدائنين بالمدين : ينقسم الدين على الدائنين، ولا يستطيع أى دائن منهم أن يرجع على المدين الا بحصـــته فى الدين ، يستوفيها بأى طريق من طرق الاســـتيفاء ، أى يقضـــيها بأى سبب من أسباب الانقضاء • وفى هذا يختلف الاشتراك فى الدين عن التضـــامن بين الدائنين اختلافا بينا ، فقد رأينا أن الدائن المتضامن يستطيع الرجوع على المدين بكل الدين ، بحصته وبحصص شركائه ، وهؤلاء يرجعون عليه بعد ذلك كل منهم بحصته • وبينا أن هذا هو موضع الضعف فى التضامن ، فهو

ضمان للمدين أكثر منه ضماناً للدائن ، اذ المدين تبرأ ذمته بدفع الدين كله لأحد الدائنين،فاذا ما استوفى هذا كل الدين تعرض شركاؤه لخطر اعساره عند رجوعهم عليه بحصصهم .

وينبنى على أن الدائن فى الدين المشترك لا يرجع على المدين الا بحصته أن كثيرا من مسائل التضامن فى الحالات التى ينقضى فيها الالتزام التضامنى بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة والتجديد واتحاد الذمة والابراء والتقادم ، لا تعرض فى الدين المشترك ، اذ الدائن فى هذا الدين لا يستوفى الا حصته ، فلا محل للتساؤل عما اذا كان الدائنون الآخرون يحتج عليهم بانقضاء الدين كله أو بمقدار حصة شريكهم فحسب . ثم ان النيابة التبادلية لا محل لها فى الدين المشترك ، فالدائن فى هذا الدين لا يقبض الا حصته ، فلا محل للقول بأنه يمثل شركاءه فى قبض حصصهم ونرى من ذلك أن كثيرا من الصعوبات التى تقوم فىنظام التضامن لاوجود لها فى نظام الدين المشترك ، وأن هذا النظام يفضل نظام التضامن من حيث علاقة الدائنين بالمدين .

(ثانيا) أما من حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، فهنا تتجلى ذاتية نظام الدين المشترك . واذا كان هذا النظام لا يخرج كثيرا على القواعد العامة فى ناحية علاقة الدائنين بالمدين ، فانه فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينحرف كثيرا عن هذه القواعد وتبرز مقوماته الرئيسية ، بل هو يقرب فى هذه الناحية من نظام تضامن الدائنين .

فالدائن اذا قبض حصته فى الدين من المدين ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته فى الدين[1] . ثم يرجعون ، وهو

---

(١) ويتساءل الأستاذ شفيق شحاته ، عند بحثه فى الأساس القانونى لرجوع الدائنين الآخرين على الدائن الذى قبض حصته : « كيف يفسر أن القابض يقبض حصته دون غيرها من الحصص ، ويكون مع ذلك عرضهلرجوع باقى الدائنين عليه ؟ هل يقال ان القابض لم يقبض نصيبه حقيقة بل نصيبا شائعا مملوكا له ولشركائه ؟ لا يمكن قبول هذا التعليل ، لأن المقبوض لو كان مملوكا للجميع لما أمكن القابض التصرف فيه رأينا . ويضاف الى ذلك ان =

معهم ، على المدين بما بقى لهم فى ذمته • وللـــدائنين الآخرين أن يتركوا الدائن الذى قبض حصته ويتبعـــوا المـــدين بحصصهم ، فاذا كان المدين معسرا عند مطالبتهم اياه كان من حقهم أن يرجعوا على الدائن الذى قبض حصته ليحملوه نصيبه من التبعة عن اعســـار المدين • وفى هـــذه القواعد يتمثل الضمان الذى ينطوى عليه نظـــام الدين المشـــترك • فكل دائن اذا قبض حصته لم تخلص له ، بل يبقى ضـــامنا للدائنين الآخرين حصصهم ويتحمل معهم تبعة اعسار المدين(١) • وللدائنين الآخرين فى هذا وسيلتان:

= القابض لاصفة له فى حيازة المقبوض عن الغير ، فهو ليس بوكيـــــل ولا بمستودع • المقبوض هو اذن ملك القابض خاصة ، على ان للدائن الشريك حقا ثابتا فى الشيء المقبوض وبموجب هـــذا الحق يستحق الدائن الشريك بعضا مما قبض القابض ، ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدى الغير فقد رأينا أنه لايستطيع فى حالة انتقال الملكية سوى المطالبة بتعويض • هذا الحق هو اذن حق شبه عينى فصاحبه ليس له حق ملكية بل حق فى ان يتملك: ولهذا الحق نظائر فى الشرع » (النظرية العامة للالتزامـــــات فى الشريعة الاسلامية فقرة ٣٢١ ـ فقرة عينى ، فصاحبه ليس له حق ملكية ، بل حق فى ان يتملك : ولهذا نظائر فى ٣٢٢ والنصوص الفقهية المشـــــــار اليها فى الهوامش) •

ويبدو لنا انه يمكن القول ان حصة كل دائن فى الدين المشترك هى ملك الدائن خاصة فى العلاقة بينه وبين المدين ، وهى مال مشترك ـ لأنها جزء من الدين المشترك ـ فى علاقة الدائن بباقى الدائنين • ومن ثم يجوز لباقى الدائنين ان يطالبوا الدائن الذى قبض حصته بانصبتهم فى هذه الحصة اذ هى مـــال مشترك بينهم ، ولهم أن يرجعوا على المدين • فاذا ما استولى كل من الدائنين على حصته اختص بها ، حتى فى علاقة هؤلاء الدائنين بعضهم ببعض • واذا تصرف الدائن فى حصته التى قبضها من المدين لم يكن لباقى الدائنين تتبع هذه الحصة فى يد الغير ، لأن الحصة انما تعتبر مالا مشتركا فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، لا فى علاقتهم بالغير • على أن اثر الاشتراك يعود ، حتى فى هذه الحالة ، اذا أعسر المدين ، ويتجلى دائما فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض، فيرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذى قبض حصته وتصرف فيها ليحملوه نصيبه من تبعة اعسار المدين •

(١) ويستخلص الأستاذ شفيق شحاته الطبيعة القانونية للدين المشترك على الوجه الآتى : « الدين المشترك قد ورد ذكره فى النصوص على أنه ملك مشترك ، فهو اذن فى نظر الفقهاء عبارة عن شيء مملوك للدائنين على الشيوع • ولكن قد لاحظ الفقهاء انفسهم أن الدين ليس بشيء حسى بل هو مجرد معنى فى الذهن ، ولما كان كذلك كان من المتعذر تصور انقسامه • لذلك قالوا بانه لاينقسم ونشأ عن ذلك حق الرجوع • الا انهم قد لاحظوا من ناحية أخرى انه اذا كان الدين لايقبل الانقسام على انه دين فهو يقبله على انه مطالبة ،ونشأ عن ذلك =

فاما أن يشاركوه فى حصته التى قبضها ، واما أن يرجعوا عليه بالضمان اذا طالبوا المدين بحصصهم فوجدوه معسرا • وهذا ما يسبغ على نظام الدين المشترك قوته من حيث هو ضمان للدائنين • وهذا فى الوقت ذاته موطن الضعف فى هذا النظام ، فالدائن الذى يقبض حصته لا تخلص له الحصة كما قدمنا ، ولا يستطيع أن يطمئن الى أنه قد استولى على حصته الا بعد أن يستولى الدائنون الآخرون أيضا على حصصهم(١) •

= جواز انفراد كل من الدائنين بالمطالبة بحصته منه •ولكننا قد رأينا عند الكلام على الأساس القانونى لحق الرجوع أن تصوير الدين المشترك على هذا الشكل لا يتفق والحلول الثابتة • أما الفكرة التى تستمد من الحلول فهى أن الدين المشترك ينقسم فيما بين الدائنين فى الواقع • الا أن انقسامه لا يكون مطلقا فهو ينقسم انقساما مقيدا بما شرعوه من حق الرجوع ، ذلك ان حق الرجوع يوجد بين الدائنين رابطة ذات طبيعة خاصة كما بينا • واذا نظرنا الى الدين المشترك نظرة عملية ، وجدنا ان هذه الرابطة التى أوجدها حق الرجوع لاتبقى على الشىء الكثير من اعتبار الالتزام منقسما ، فهى تؤدى بالفعل الى ضرورة اجتماع جميع الدائنين عند المطالبة ، ذلك انه ما دام لم يجتمع هؤلاء الدائنون لاتكون المطالبة أبدا مجدية » (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية فقرة ٣٢٣ - فقرة ٣٢٤) •

ونعود الى القول بأن الدين المشترك هـو دين منقسم على الدائنين فى علاقتهم مع المدين ، وغير منقسم عليهم فى علاقتهم بعضهم ببعض • وانقسامه على الدائنين فى علاقتهم بالمدين هو الذى يجنب نظام الدين المشترك عيوب نظام التضامن بين الدائنين ، أما عدم انقسامه على الدائنين فى علاقتهم بعضهم ببعض فهو الذى يحقق للنظام هدفه الأول وهو أن يكون ضمانا للدائنين •

ويقول الأستاذ منير القاضى فى محاضراته فى القانون المدنى العراقى فى معهد الدراسات العربية العالية (سنة ١٩٥٣ ص ٦١ - ص٦٢) : « والفكرة فى هذا النوع من الدين مبنية عند فقهاء الشريعة على عدم قبول الدين للانقسام، لان الديون عندهم أوصاف فى ذمم المدينين والأوصاف لا تقبل الانقسام ، فما يقبضه كل واحد من الدائنين انما يقبضه مالا مشتركا • وهى مبنية فى رأى من يعد الدين مالا يقبل القسمة •• على أن أحد الدائنين له حق المطالبة بحصته بناء على قبول الدين القسمة فهو يطالب بقسمه ، فاذا قبض حصته كان لشركائه الرجوع عليه بأنصبائهم مما قبض لأن قسمة المشترك لا تتم الا برضاء الشركاء أو بحكم القضاء بالقسمة ، فاذا لم يرض الشركاء بهذه القسمة التى تولاها القابض وحده بقى ما قبضه مشتركا بينهم ، وظل الباقى فى ذمة المدين مشتركا بينهم أيضا ، واذا رضوا بهذه القسمة سلمت له حصته التى قبضها »•

(١) وقد قنن التقنين المدنى الاردنى هذه الاحكام فى المواد التالية :

م ٤١٨ : لكل من الشركاء فى الدين المشترك ان يطلب حصته فيه ، ويكون =

ونظام تضامن الدائنين لا يبعد كثيرا عن هذا النظام . فقد رأينا أن الدائن المتضامن اذا قبض من المدين جزءا من الدين ، حتى لو كان هذا الجزء معادلا لحصته على خلاف في الرأي ، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته . ورأينا كذلك أن المدين اذا أعسر تحمل كل الدائنين تبعة هذا الاعسار . ففي هذه الاحكام يتلاقى نظام الدين المشترك مع نظام تضامن الدائنين .

١٥٦ ـ جواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين : ومهما يكن من أمر الدين المشترك ، أو ما ينطوي عليه نظامه من مزايا وعيوب ، فانه يجوز أن يتفق ذوي الشأن على استبعاد هذا النظام . وقد نصت المادة ٣١٤ من التقنين المدني العراقي على أنه « ١ ـ في الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء على أن يكون لكل منهم الحق في قبض حصته من الدين ، من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم . ٢ ـ وفي هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ، ويختص كل منهم بحصته في الدين من غير أن يشاركه فيها غيره بوجه من الوجوه » .

ونظام الدين المشترك ، في حالة وحدة الصفقة ، ليس في حاجة الى الاستبعاد ، لأن ذوي الشأن في هذه الحالة هم الذين أرادوا هذا النظام وعبروا عن هذه الارادة من طريق وحدة الصفقة ، فاذا كانوا لا يريدونه فليس أيسر عليهم من أن يتجنبوا طريقه . ولكن نظام الدين المشترك في حالة سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين هو الذي يكون في حاجة الى الاستبعاد ، فان النظام في هذه الحالة يكون مفروضا على ذوي الشأن

= ما قبضه مالا مشتركا بين جميع الشركاء لكل بقدر نصيبه .

م ٤١٩ : ١ اذا قبض أحد الشريكين بعض الدين المشترك فللشريك الآخر ان يشاركه فيه بنسبة حصته وتبعان المدين بما بقي او ان يترك ما قبضه على ان يتبع المدين بحصته .

٢ ـ فاذا اختار الشريك متابعة الدين فليس له ان يرجع على شريكه الا اذا هلك نصيبه ، وله ان يرجع عليه بنسبة حصته فيما قبض .

الا اذا اتفقوا على استبعاده ، كما تقضى المادة ٣١٤ من التقنين المدنى العراقى سالفة الذكر .

والاستبعاد يكون باتفاق الدائنين فيما بينهم على أن يستقل كل دائن بحصته فى الدين ، فاذا قبضها لم يشاركه فيها الدائنون الآخرون ، وتخلص له الحصة حتى لو أعسر المدين بعد ذلك ، فلا يكون للدائنين حق الرجوع عليه لتحميله نصيبه فى هذا الاعسار . ومن ثم ينقسم الدين المشترك قسمة تامة على الدائنين ؛ ويصبح دينا متعدد الأطراف (obligation conjointe) كل دائن له جزء من الدين يستقل به ولا يشاركه فيه الدائنون الآخرون بوجه من الوجوه . وقد لجأ التقنين المدنى العراقى الى هذه الوسيلة حتى يفتح الطريق أمام ذوى الشأن اتجنب عيوب نظام الدين المشترك اذا شاءوا ذلك[1] .

---

(١) والاتفاق مقدما على استبعاد الاشتراك فى الدين لايقول به فى الفقه الاسلامى الا عدد قليل من الفقهاء ، ولكن التقنين المدنى العراقى اختار هذا القول لما فيه من مزية واضحة . ويقول الأستاذ منير القاضى فى هذا الصدد : « لم يجوز الفقه الحنفى قسمة الدين ولا تمليكه لغير من عليه الدين ، لأن الديون فى نظريته أوصاف فى ذمة المدين لا أمواله ، والأوصاف لا تقبل القسمة ولا الانتقال من محالها فلا تقسم اذن ولا تملك وانما تقسم بعد تمثيلها فى الأعيان المقبوضة منها . وهى نظرية لها دقتها وقيمتها . وانما جوزوا تمليكها لمن عليه الدين لأن هذا التمليك ابراء معنى ، والابراء يتضمن الاسقاط ، والأوصاف تقبل الاسقاط... ولكن القانون العراقى ، وان اقتبس الدين المشترك وأحكامه من هذا الفقه ، قد تجافى تلك النظرية ومال الى رأى من المذاهب الاسلامية الأخرى وغيرها أن الديون أموال لا أوصاف فى الذمة فهى اذن تقبل القسمة ، فقرر فى مادته الـ ٣١٤ أن الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء فيه على أن يكون لكل منهم الحق فى قبض حصته من الدين من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم . وفى هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ، ويختص كل منهم بحصته فى الدين من غير أن يشاركه فيه غيره بوجه من الوجوه ، فيخرج الدين عن كونه مشتركا » (محاضرات فى القانون المدنى العراقى فى معهد الدراسات العربية العالية ص ٦٤ — ص ٦٥) .

ومن أعلام الفقهاء الذين يقولون بجواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك فى الدين ابن القيم ويقول فى هذا الصدد : لايجوز قسمة الدين المشترك بميراث أو =

ونبحث الآن آثار الاشتراك فى الدين : آ — من حيث علاقة الدائنين

= عقد أو اتلاف ، فينفرد كل من الشريكين بحصته ويختص بما قبضه ، ســواء كان فى ذمة واحدة او فى ذمم متعــددة . فان الحــق لهما ، يجــوز أن يتفقا عــلى قسـمته أو بقــائه مشــتركا ولا محذور فى ذلك . بل هــذا أولى بالجــواز من قســمة المنافع بالمهــايأة بالزمان أو بالمكان ، ولا سيما فان المهايأة بالزمان تقتضى تقدم أحدهما على الآخر وقد تسلم المنفعة الى نوبة الشريك وقد تتوى . والدين فى الذمة يقوم مقام العين ، ولهذا تصح المعاوضه عليه من الغريم وغيره ، وتجب عــلى صاحبه زكاته اذا تمكن من قبضه ، ويجب عليه الانفاق على أهله وولده ورقيقه منه ، ولا يعد فقيرا معدما ، فاقتسامه يجرى مجرى اقتسام الأعيان والمنافع . فاذ ارضى كل من الشريكين ان يختص بما يخصه من الدين ، فينفرد هذا برجل يطالبه وهذا برجل يطالبه ، أو ينفرد هذا بالمطالبة بحصته وهذا بالمطــالبة بحصته ، لم يهدما بذلك قاعدة من قواعد الشريعة ولا استحلا ما حرم الله ولا خالفا نص كتاب الله ولا سنة رسوله ولا قول صاحب ولا قياسا شهد له الشرع بالاعتبار . وغاية ما يقدر عدم تكافؤ الذمم ووقوع التفاوت فيها ، وان ما فى الذمة لم يتعين فلا تمكن قسمته ، وهذا لا يمنع تراضيهما بالقسمة مع التفاوت فان الحق لا يعدوهما ، وعدم تعين ما فى الذمة لا يمنع القسمة فانه يتعين تقديرا ، ويكفى فى امكان القسمة التعين بوجه فهو معين تقديرا ويتعين بالقبض تحقيقا . وأما قول أبى الوفاء بن عقيل لا تختلف الرواية عن أحمد فى عدم جواز قسمة الدين فى الذمة الواحدة واختلفت الرواية عنه فى جواز قسمته اذا كان فى الذمتين فعنه فيه روايتان ، فليس كذلك ، بل عنه فى كل من الصورتين روايتان ، وليس فى أصوله ما يمنع جواز القسمة كما ليس فى أصول الشريعة مايمنعها ، وعلى هذا فلا يحتاج الى حيلة على الجواز . وأما من منع القسمة ، فقد تشتد الحاجة اليها ، فيحتاج الى التحيل عليها . فالحيلة أن يأذن لشريكه أن يقبض من الغريم ما يخصه ، فاذا فعل لم يكن لشريكه أن يخاصمه فيه بعد الاذن على الصحيح من المذهب كما صرح به الأصحاب . وكذلك لو قبض حصته ثم استهلكها قبل المحاصة ، لم يضمن لشريكه شيئا ، وكان المقبوض من ضمانة خاصة ، وذلك انه لما اذن لشريكه فى قبض ما يخصه، فقد أسقط حقه من المحاصة ، فيختص الشريك بالمقبوض . وأما اذا استهلك الشريك ما قبضه ، فانه لا يضمن لشريكه حصته مذ قبل المحاصة لأنه لم يدخل فى ملكه ولم يتعين له بمجرد قبض الشريك له ، ولهذا لو وفى شريكه نظيره لم يقل انتقل الى القابض الاول ما كان ملكا للشريك ، فدل عــلى أنه انمــا يصير ملكا له بالمحاصة لا بمجرد قبض الشريك . ومن الأصحاب من فرق بين كون الدين بعقد وبين كونه باتلاف أو ارث ، ووجه الفرق انه اذا كان بعقد فكأنه عقد مع الشريكين فلكل منهما أن يطالب بما يخصه ، بخلاف دين الارث والاتلاف والله أعلم » (اعلام الموقعين جزء ٤ ص ١ — ص ٢) . وانظر أيضا الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٨٣ ص ١٧٥ — ص ١٧٦ .

بالمدين • ٢ ـ ومن حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض وهى الناحية التى تبرز فيها مقومات الدين المشتركة كما قدمنا •

١ ـ العلاقة ما بين الدائنين والمدين فى الدين المشترك

١٥٧ ـ المسائل الرئيسية : قدمنا أن كل دائن فى علاقته بالمدين يطالبه بحصته فى الدين وحدها ، فيستوفيها بطريق من طرق الوفاء ، ومن ثم ينقسم الدين على الدائنين فى علاقتهم بالمدين خلافا للدين التضامنى • ثم ان علاقة كل دائن بالمدين قد تنقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء • ولا تقوم بين الدائنين المشتركين فى الدين أية نيابة تبادلية ، لا فيما يضر ولا فيما ينفع• هذه هى المسائل الرئيسية الثلاث التى نتناولها بالبحث مسألة مسألة[1] •

١٥٨ ـ الوفاء : لأى دائن أن يطالب المدين بحصته فى الدين كما قدمنا ، ولا يستطيع أن يطالبه بأكثر من حصته ولو كان الدين كله مضمونا بتأمين شخصى أو عينى • كذلك يستطيع المدين أن يفى لأى دائن بحصته فى الدين دون زيادة[2] ، فتبرأ ذمته من هذه الحصة ، الا اذا شارك فيها

---

(١) وقد تكون حصة أحد الدائنين مؤجلة ، وحصة ثان وحصة ثالث معلقة على شرط • ولكن اذا نشأ الدين حالا فى جميع حصصه ، فقد اختلف فيما اذا كان يجوز لدائن دون غيره أن يمنح حصته أجلا : فعند أبى يوسف ومحمد يجوز ، وعند أبى حنيفة لا يجوز لأن منح الأجل بالنسبة الى حصة دائن يتعدى أثره حتما الى حصص الآخرين (انظر فى هذه المسألة الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة فى الشريعة الاسلامية فقرة ٣٠٥) .

(٢) فلا يجوز للمدين ان يفى أحد الدائنين كل الدين ، ولا تبرأ ذمته من حصص باقى الدائنين بهذا الوفاء ، بل لهؤلاء أن يطالبوا كل بحصته ، ويرجع المدين على القابض بما قبضه زيادة على حصته • جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٧٠) : « من استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه ، كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ، ويرجع الغريم على القابض بما قبضه ، لأنه انما سلم اليه ليملك ما فى ذمته بما سلم ، ولم يملك ، فكان له أن يرجع » • على أنه يجوز اذا قبض أحد الدائنين كل الدين أن يرجع عليه شركاؤه كل بحصته ، فتبرأ ذمة المدين من الدين كله . جاء فى البدائع (جزء ٦ صد ٧٠) : « ان أحد الشريكين اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه » .

الدائنون الآخرون فعند ذلك يعود الدائن الذى قبض حصته فيطالب المدين بما نقص منها بعد هذه المشاركة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٠٤ من التقنين المدنى العراقى على أنه « اذا كان الدين مشتركا ، فلكل واحد من الشركاء أن يطلب حصته منه » كما نصت المادة ٤١٨ من التقنين المدنى الاردنى على أنه « لكل من الشركاء فى الدين المشترك أن يطلب حصته فيه ويكون ما قبضه مالا مشتركا بين جميع الشركاء لكل بقدر نصيبه » (١) . وحصة كل دائن فى الدين تتحدد باتفاق بين الدائنين ، وقد

---

(١) ومن كانت حصته مؤجلة من الدائنين لا يستطيع ان يطالب بها الا عند حلول الاجل ، بل ولا يستطيع أن يرجع على من قبض من الدائنين حصته الا اذا انقضى اجل حصته . جاء فى المبسوط للرضى (جزء ٢١ ص ٣٨) : « والدليل على ان تاجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر اذا قبض نصيبه ثم حل الاجل ، كان للاخر ان يشاركه فى المقبوض ، ويكون ما بقى مشتركا بينهما ، والباقى هو ما كان مؤجلا » . واذا كان الدين كله مؤجلا فعجل المدين لاحد الدائنين حصته ، رجع الشركاء فى الدين على هذا الدائن دون ان ينتظروا حلول الاجل ، لان الاجل قد سقط فى الحصة المعجله بالنسبة الى الدائنين جميعا . وقد جاء فى البدائع (جزء ٧ ص ١٩٦) : « لو كان الدين فى الاصل منهما جميعا مؤجلا ، فاخذ احدهما شيئا قبل حل الاجل ، شاركه فيه صاحبه ، لانه لما أخذ شيئا قبل حل الاجل فقد سقط الاجل على قدر المقبوض وصار حالا فصار المقبوض من النصيبين جميعا ، فيشاركه فيه صاحبه كما فى الدين الحال » .

واذا نشأ الدين المشترك حالا ، ثم أراد أحد الدائنين أن يؤجل ، فلايجوز على رأى أبى حنيفة ، كما قدمنا ، وقد نصت المادة ١١١٢ من المجلة على أنه « ليس لاحد الدائنين أن يؤجل الدين المشترك بلا اذن الآخر » . وقد جاء فى شرح سليم باز للمجلة (ص ٦١٧) : « لأنه اذا صح التأجيل فى الحصتين لصار تصرفا فى حق شريكه بدون اذنه . وان صح فى حصة المؤجل ، لأدى الى قسمه الدين قبل قبضه وهذا لا يجوز . ومفاده أنه لو أجل الشريك حصته من الدين ، فلا يصح أيضا لما فيه من قسمة الدين قبل قبضه . فبناء عليه لو أجل أحد الدائنين الدين المشترك كلا أو بعضا ، ثم قبض الشريك الآخر بعض الدين من المديون ، فللشريك الذى أجل أن يشاركه فيما قبض وان لم يحل الاجل ؛ لان الاجل باطل » . أما الصاحبان فقد رأينا انهما يجيزان ان يؤجل الدائن حصته دون حصة شريكه . وقد أخذ مرشد الحيران برأى الصاحبين ولكن قصره دون مبرر على الميراث ، فنصت المادة ١٨٧ على انه « اذا كان الدين المشترك موروثا ، فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة شريكه بلا اذن ، وله أن يؤجل حصته » . ثم نصت المادة ١٨٨ على انه « اذا كان الدين المشترك واجبا بادانه أحد الشريكين فى شركة عنان ؛ فان أجل الذى باشر الادانة صح تأجيله فى جميع الدين ، وان اجله الذى لم يباشر =

يكون القانون هو الذى يحددها كما لو كان الدائنون ورثة فى مال شـــائع وباعوه صفقة واحدة فيكون الثمن دينا مشتركا بينهم كل له فيه بنســبة حصته فى الارث على الوجه الذى يحدده قانون الميراث • فاذا لم يوجـــد اتفاق أو نص فى القانون يحـــدد مقدار حصـــة كل دائن ، فالمفروض أن حصصهم متســـاوية •

وقد يستوفى الدائن حصته من كفيل أو محال عليه ، بأن يكون للمدين كفيل فيرجع عليه الدائن بحصته ، أو يحيل المدين الدائن بحصـــته عـــلى مدين آخر • وتنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدنى العراقى والمادة ٤٢١ من التقنين المدنى الاردنى فى هذا الصدد على أنه « اذا أخذ أحد الشركاء من المدين كفيلا بحصته فى الدين المشـــترك ، أو أحـــاله المدين عـــلى آخر ، فللشركاء أن يشاركوه فى المبلغ الذى يأخذه من الكفيل أو المحال عليه » • بل يجوز أن يستوفى الدائن حصته بأن يحيل هو شخصا آخر بهذه الحصة على المدين ، والحوالة هنا تكون حوالة حق لا حوالة دين •

وللدائن كذلك أن يستوفى حصته فى الدين عن طريق الوفاء بمقابل ، فيأخذ من المدين مالا آخر بحصته ، يشتريه أو يستأجره • وهذا ما تنص عليه المادتان ٣٠٧ و ٣٠٨ من التقنين المدنى العراقى • فتنص المـــادة ٣٠٧ على أنه « اذا اشترى أحد الشركاء بحصـــته من الدين المشـــترك مالا من

= الادانة فلا يصح تأجيله فى حصته ولا فى حصة شريكه بالاولوية • فان كان الشريكان متفاوضين ، فأيهما اجل الدين المشترك بينهما صح تأجيلـــه » • ونصت المادة ١٨٩ على أنه « اذا كان الدين المشترك واجبا بعقد قرض ، فلا يجوز للشريك الذى باشر العقد ولا للشريك الآخر ان يؤجله ، وان اجله أحدهما فلا يلزم تأجيله ولكل منهما اقتضاؤه حالا » . والمادتان الاخيرتان انما تعرضان لاحكام خاصة بالشركة وبالقرض لا بالدين المشترك فى ذاته (أنظر الاســـتاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ٢٩٩) .
وقد نصت المادة ٤٢٥ من التقنين المدنى الأردنى على ما يأتى : ــ

١ ــ لا يجوز لاحد الشركاء فى دين مشترك تأجيله وحده دون موافقة الباقين على هذا التاجيل •

٢ ــ ويجوز له أن يؤجل حصته دون موافقة الباقين وفى هذه الحـــالة ليس له ان يشاركهم فيما يقبضون من الدين •

المدين ، فشركاؤه مخيرون ان شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وان شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين »(١) • وتنص المادة ٣٠٨ على أنه « اذا استأجر أحد الشركاء بحصته من المدين المشترك شيئاً، صار قابضا لحصته ، ولشركائه الخيار فى تضمينه ما أصاب حصصهم وفى اتباع المدين » •

١٥٩ — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء : وقد ينقضى التزام المدين بحصة الدائن بسبب آخر غير الوفاء • فينقضى الالتزام بالتجديد ، بأن يتفق الدائن مع المدين على تجديد هذه الحصة فى الدين بتغيير المحل أو السبب أو الدائن أو المدين • وينقضى الالتزام بالمقاصة بأن يثبت للمدين فى ذمة الدائن ، قبل وجوب الدين المشترك أو بعده (م ٣١١ من التقنين المدنى العراقى) ، دين مقابل نشأ عن عقد كأن يكفل الدائن للمدين مدينا للمدين ويرجع المدين عليه باعتباره كفيلا (م ٣١٢/عراقى) ، أو نشأ عن عمل غير مشروع كأن يتلف الدائن للمدين مالا فيجب عليه التعويض (م ٣١٢/١ عراقى) ، أو نشأ عن أى مصدر آخر ، وتوافرت شروط المقاصة القانونية ، فان الدينين يتلاقيان قصاصاً فينقضيان • وينقضى الالتزام باتحاد الذمة ، بأن يموت الدائن ويرثه المدين • وينقضى الالتزام بالابراء أو بالهبة ، بأن يبرىء الدائن المدين من حصته فى الدين أو يهبه اياها (م ٣١٣ عراقى) ، فينقضى الدين بالابراء أو بالهبة • وينقضى الالتزام بالتقادم ، وقد تتقادم حصة أحد الدائنين دون أن تتقادم حصص الآخرين بأن يقطع الدائنون الآخرون التقادم ، دون أن يقطعه الدائن الأول ، فتنقضى حصة هذا الدائن بالتقادم دون أن تنقضى حصص الآخرين •

ويلاحظ أنه فى أسباب الانقضاء المتقدمة الذكر لا ينقضى الدين كله

---

(١) وهذه المادة يقابلها فى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٢٢ التى تنص على انه « اذا اشترى احد الشركاء بنصيبه فى دين مشترك مالا من المدين ، فللشركاء أن يضمنوه ما اصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه أو أن يرجعوا بحصصهم على المدين ولهم ان يشاركوه ما اشتراه اذا اتفقوا على ذلك » .

كما قدمنا ، وانما تنقضى حصة أحد الدائنين ، فلا يعرض فى هذه الحالات ما كان يعرض فى صدد تضامن الدائنين من أن للمدين أن يحتج بمقدار حصة من قام به سبب الانقضاء • ذلك لأن أى دائن فى الدين المشترك لا يطالب المدين الا بحصته فى الدين ، وليس بكل الدين كما فى تضامن الدائنين ، فلا محل لأن يحتج المدين عليه بانقضاء حصة دائن آخر مادام الدائن الأول لا يطالب الا بحصته هو •

وسنرى • عند الكلام فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، كيف يرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذى انقضت حصته بسبب غير الوفاء •

١٦٠ — عدم قيام النيابة التبادلية بين الدائنين : ثم ان الدائنين فى الدين المشترك لا تقوم بينهم نيابة تبادلية كما تقوم فى التضامن على ما قدمنا ، وذلك لا فيما يضر ولا فيما ينفع •

فاذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين ، فأنما يقطعه فى حصته ، ولا ينقطع التقادم بالنسبة الى حصص الآخرين • وكذلك اذا وقف التقادم بالنسبة الى أحد الدائنين ، فانه لا يقف تبعا لذلك بالنسبة الى الآخرين •

وكل دائن مسئول وحده عن خطأه ، ولا يسأل عن خطأ الآخرين •

واذا أعذر أحد الدائنين المدين أو قاضاه ، فأنما يعذره أو يقاضيه فى حصته وحدها ، ولا يتعدى أثر ذلك الى حصص الدائنين الآخرين • واذا أعذر المدين أحد الدائنين ، فلا يكون هذا اعذارا للباقين •

واذا صالح أحد الدائنين المدين فأنما يصالحه على حصته وحدها ، ولايضر هذا الصلح الدائنين الآخرين ولا ينفعهم •

واذا أقر أحد الدائنين للمدين ، أو أقر المدين لاحد الدائنين ، فان الاقرار يقتصر أثره على المقر ، ولا يفيد الدائنين الآخرين ولا يضرهم (١) •

---

(١) وقد نقل الأستاذ شفيق شحاته عن محمد فى المبسوط (ص ١/٣٨٥): « قال أبو حنيفة ان أقر أحد الشريكين فى هذا ان الدين كان الى سنة وقال الآخر كان حالا ، فان حصة الذى اقر بالاجل ، الى ذلك الاجل وحصة الآخر حالة » (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ٢٣٧ هامش رقم ٦٧) •

واليمين اذا وجهت من أحد الدائنين الى المدين ، أو وجهت من المدين الى أحد الدائنين فحلف من وجهت اليه اليمين أو نكل ، فان أثر ذلك كله لا يتعدى الى الدائنين الآخرين .

والحكم الصادر لمصلحة أحد الدائنين أو ضده لا يسرى فى حق الدائنين الآخرين ، الا اذا كان الدائنون ورثة فكل منهم يعتبر ممثلا للآخرين (١) .

٢ ـ علاقة الدائنين بعضهم ببعض فى الدين المشترك

١٦١ ـ المسائل الرئيسية : قدمنا أن أيا من الدائنين اذا قبض حصته من الدين المشترك أو استوفاها بأى سبب آخر ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيها عينا ، أو أن يتبعوا المدين فان كان معسرا رجعوا على الدائن الذى قبض حصته فحملوه نصيبه فى أعسار المدين . فنتكلم فى حالة ما اذا شارك الدائنون الآخرون الدائن ، ثم فى حالة ما اذا رجعوا عليه بنصيبه فى اعسار المدين .

١٦٢ ـ مشاركة الدائنين الآخرين للدائن فى حصته : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٤ من التقنين المدنى العراقى على مايأتى : « فاذا قبض أحد الشركاء شيئا من الدين المشترك ، فالشركاء الآخرون بالخيار ، ان شاءوا شاركوه فيما قبض عينا ويتبعون هم والقابض المدين بما بقى لكل منهم فى ذمته ، وان شاءوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بحصتهم » (٢) . ويتبين من هذا النص أنه اذا قبض أحد الدائنين من المدين شيئا من الدين المشترك ، سواء كان ذلك بمقدار

---

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٨٢ ص ١٧٤ .

(٢) ويقابل هذا النص الفقرة الاولى من المادة ٤١٩ من التقنين المدنى الاردنى التى تنص على انه « اذا قبض احد الشريكين بعض الدين المشترك فللشريك الآخر ان يشاركه فيه بنسبة حصته ويتبعان المدين بما بقى أو أن يترك ما قبضه على ان يتبع المدين بحصته » .

حصته أو بأقل أو بأكثر (١) ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبضه عينا كل بنسبة حصته فى الدين ، فلو فرضنا أن الدين المشترك تسعمائة وأن الدائنين ثلاثة بحصص متساوية ، وقبض أحدهم من المدين حصته وهى ثلثمائة ، كان لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك الدائن الاول فيما قبض فيأخذ منه مائة • وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة ، ويبقى له مائتان • فاذا فرض أن دائنا منهم استوفى بعد ذلك من المدين مائة وخمسين ، جاز لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك هذا الدائن فيما قبض فيأخذ منه خمسين • وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة وخمسين ، ويبقى له مائة وخمسون • فاذا قبض أحدهم من المدين بعد ذلك مائة وخمسين ، جاز لكل من الآخرين أن يشاركه فيما قبض فيأخذ منه خمسين • وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائتين ، ويبقى له مائة• وهكذا كلما قبض أحد الدائنين من المدين مابقى من حصته أو جزءا من ذلك ، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركاه فيما قبض على النحو المتقدم الذكر ، حتى يستوفى كل من الثلاثة حصته بأكملها (٢) •

---

(١) وقد رأينا أنه اذا قبض أحد الدائنين كل الدين ، جاز لشركائه أن يرجعوا عليه كل بحصته ، فتبرأ ذمة المدين من الدين كله (انظر انفا فقرة ١٥٨ فى الهامش) •

(٢) والى هذا العيب فى نظام الدين المشترك يشير الاستاذ شفيق شحاته فيقول : « هذا على أن لنظرية الدين المشترك عيوبا ، اذ لايستطيع الدائن طبقا لهذه النظرية ان يحصل على حصته فى الدين بصورة جدية فى حال من الأحوال • فهو دائما يظل مهددا بحق الرجوع ولو قبض دون حقه » (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية فقرة ٣٢٥ ص ٢٧٥) • ثم يقول فى آخر هامش رقم ١٤٧ من ص ٢٧٥ : « ويلاحظ خصوصا أن حق الرجوع من شأنه تكثير الدعاوى ، على أن تعاقب الدعاوى من الدائن الواحد لن يغنى أبدا عن المطالبة المشتركة ، اذ يبقى دائما رصيد لا تصل اليه الا المطالبة المشتركة » •

على أن هذا العيب لم يخل منه نظام تضامن الدائنين ، فقد قدمنا أن احد الدائنين المتضامنين اذا قبض جزءا من الدين شاركه الآخرون فيما قبض ، ثم اذا قبض جزءا آخر شورك فيه ، وهكذا • ومهما يكن من امر فانه من الممكن =

وقد يقبض أحد الدائنين شيئا من الدين المشترك ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات أو يستهلكه ، فعند ذلك يكون للدائنين الآخرين – اذا اختاروا مشاركته – أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم على الوجه المتقدم الذكر . أما اذا كان المقبوض عينا وتلفت في يد القابض بسبب أجنبي ، فان القابض يعتبر مستوفيا لما قبضه ويحسب عليه من حصته ، ولا يكون للدائنين الآخرين رجوع عليه ، وانما يطالبون المدين بحصصهم في الدين[1] . وتنص المادة ٣٠٥ من التقنين المدني العراقي في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ – اذا قبض أحد الشركاء حصته من الدين المشترك ، وأخرجها من يده بوجه من الوجوه أو استهلكها ، فللشركاء الآخرين أن يضمنوه نصيبهم منها . ٢ – أما اذا تلفت في يده بلا تقصير منه ، فلا يضمن نصيب شركائه في المقبوض ويكون مستوفيا حقه . ومابقي من الدين بذمة المدين يكون للشركاء الآخرين » [2] .

وما قدمناه من رجوع الدائنين على الدائن الذى قبض شيئا من

= في نظام الدين المشترك ، من الناحية العملية ، توقي هذا العيب بأن ينزل الدائنون الآخرون عن حقهم في الرجوع على الدائن الذى قبض حصته ، مع استبقاء حقهم في تحميله نصيبه من اعسار المدين .

(١) ويقول الاستاذ منير القاضي : « واذا استهلك الشريك حصته من الدين بعد قبضها ، لا يسقط خيار بقية الشركاء بالرجوع عليه . ولكن لو هلكت في يده فليس لهم خيار الرجوع عليه ، بل يعتبر المقبوض الهالك من نصيب القابض وحده . وكان القياس أن يثبت لهم خيار الرجوع لانه قبض ما لامشتركا بينهم ، ولكن الاستحسان يميل الى عدم الرجوع ، وجه الاستحسان أنه لو صح لهم اختيار الرجوع عليه فاختاروا الرجوع يكونون قد أجازوا قبضة ، فتكون حصصهم أمانة في يده ، فلا يستحقون عليه ضمانا بهلاك ما قبض لان الامين لا يضمن بلا تعد ، فكان الاوجه اعتبار المقبوض بعد هلاكه من حصة القابض » (محاضرات في القانون المدني العراقي لمعهد الدراسات العربية العالية ص ٦٣) .

(٢) هذه المادة يقابلها في التقنين المدني الاردني المادة ٤٢٠ التى تنص على انه « ١ – اذا قبض احد الشركاء حصته في الدين المشترك ثم تصرف فيها أو استهلكها ، فللشركاء الآخرين ان يرجعوا عليه بانصبائهم فيها . ٢ – فاذا تلفت في يده بلاتقصير منه فلاضمان عليه لانصبة شركائه فيها ويكون قد استوفى حصته وما بقى من الدين بذمة المدين يكون لشركائه الآخرين » .

الدين المشترك يسرى أيا كانت كيفية استيفاء الدائن لما قبض ، فقد يقبض عن طريق وفاء المدين له للجزء الذى قبضه ، وقد يقبض عن طريق رجوعه على كفيل المدين أو من أحال عليه المدين الدين (م ٣٠٦ عراقى ، م ٤٢١ أردنى) .

أما اذا قبض أحد الدائنين مقابلا لحصته ، فليس للدائنين الآخرين أن يشاركوه عينا فيما قبض من المقابل ، بل كل مالهم هو أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم . فاذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك مالا من المدين ، فشركاؤه مخيرون ، ان شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وان شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين ، وليس لهم أن يشاركوه فى المال المشترى الا اذا تراضوا على ذلك (م ٣٠٧ عراقى ، م ٤٢٢ أردنى) . واذا استأجر أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك شيئا ، صار قابضا لحصته ، ولشركائه الخيار فى تضمينه ما أصاب حصصهم أو اتباع المدين (م ٣٠٨ عراقى) .

واذا صالح أحد الدائنين المدين عن حصته من الدين المشترك ، فان كان بدل الصلح من جنس الدين ، فشركاؤه ان شاءوا شاركوه فى المقبوض وان شاءوا اتبعوا المدين . وان كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين ، فالشركاء بالخيار أيضا فى اتباع المدين أو الشريك المصالح ، وللشريك المصالح فى حالة الرجوع عليه الخيار ان شاء سلم اليهم نصيبهم فى المقبوض (١) وان شاء دفع اليهم نصيبهم فى الدين (م ٣٠٩ عراقى)(٢) .

---

(١) وقد جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ٢١ ص ٤١) : « ان مبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق ، فمن حجة المصالح .. ان يقول انما توصلت الى نصيبى لانى تجوزت بدون حقى ، فان اردت ان تشاركنى بما تجوزت به لأدفع اليك نصف ما قبضت » .

(٢) وقد نصت المادة ٤٢٤ من التقنين المدنى الاردنى على انه « يجوز لاحد الشركاء فى الدين المشترك ان يصالح عن حصته فيه ، فان كان بدل الصلح من جنس الدين جاز للباقين ان يشاركوه فى المقبوض او ان يتبعوه المدين ، وان كان بدل الصلح من غير جنس الدين جاز لهم أن يتبعوا المدين او الشريك المصالح ، وللمصالح ان يدفع لهم نصيبهم فى المقبوض او نصيبهم فى الدين » .

واذا مات المدين وورثة أحد الدائنين (١) ، فالدائنون الآخرون يطالبون تركة المدين كل منهم بمقدار حصته فى الدين . فان لم تف التركة بحصصهم ، قسمت على الدائنين جميعا وفيهم الدائن الذى ورث المدين ، بنسبة حصة كل منهم (م ٣١٠ عراقى) (٢) . وبذلك يتحمل كل من الدائنين نصيبه فى اعسار المدين كما سنرى .

واذا استوفى أحد الدائنين حصته فى الدين المشترك عن طـــريق المقاصة ، فاذا كان الدين المشترك قد ثبت فى ذمه المدين قبل أن يثبت حقه فى ذمة الدائن ، فان الدائن يكون قد استوفى حصته من الدين عن طريق الحق الذى ثبت فى ذمته للمدين ، وللدائنين الآخرين أن يشاركوه فى هذا الحق الذى استوفى به دينه . ويستوى فى ذلك أن يكون الحق الذى ثبت فى ذمة الدائن للمدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو أى مصـــــدر آخر ، حتى اذا أتلف أحد الشركاء فى دين مشترك مالا للمدين وتقاصـــــا

---

(١) اما اذا مات احد الدائنين وورثه المدين فالامر واضح ، ذلك بان حصة الدائن المتوفى فى الدين المشترك تكون قد انقضت باتحاد الذمة ، ويرجع الدائنون الآخرون كل بحصته على المدين ، ولا محل لمشاركتهم فى الحصة التى انقضت فان ذلك لايكون الا برجوعهم على المدين على اعتبار انه وارث للدائن ، ويستوى من الناحية العملية أن يرجعوا عليه بهذا الاعتبار أو يرجعوا عليه باعتباره مدينا .

(٢) ولا تنقضى حصة الدائن الوارث باتحاد الذمة لانه غير مســـــئول شخصيا عن ديون التركة (الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ٢٣٤ هامش رقم ٦١ ـ الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٨٨) . وجاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٦٧) : « وذكر على بن الجعد عن أبى يوسف انه لو مات المطلوب واحد الشريكين وارثه ، وترك مالا ليس فيه وفاء ، اشتركا بالحصص ، لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين ، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث ، فلا يسقط دينه ، وكان دين الوارث والاجنبى سواء » .

وهذا هو نص المادة ٣١٠ عراقى : « اذا مات المدين فى دين مشترك ، وترك مالا ليس فيه وفاء للدين ، وكان أحد الشركاء وارثا له ، فجميع الشركاء يشتركون فى المال الذى تركه المدين على حسب حصة كل منهم » .

بحصته ضمانا فلشركائه أخذ نصيبهم منه (١) • أما اذا كان الدين المشترك قد ثبت فى ذمة المدين بعد أن ثبت حقه فى ذمة الدائن ، فيكون المدين هو الذى استوفى حقه من الدائن بحصة هذا الدائن فى الدين المشترك ، وليس للدائنين الآخرين أن يرجعوا بحصصهم على شريكهم (٢) • كذلك اذا كان

---

(١) ويوجد فى الفقه الاسلامى خلاف فى جواز رجوع الشركاء على الشريك الذى سقطت حصته بالمقاصة فى مقابلة دين وجب عليه بسبب عمل غير مشروع (انظر فى هذه المسالة الاستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ٢٥٠ ـ ٢٥١ والنصوص الفقهية المشار اليها فى الهـــامش) . ولا نرى ، فى التقنين المدنى العراقى ، التمييز فى العمل غير المشروع بين الضرر الواقع على المال والضرر الواقع على النفس ، فاذا ثبت فى ذمة الدائن دين عن ضرر أوقعه الدائن على مال المدين او نفسه، فان حصة الدائن فى الدين المشترك تسقط قصاصا بهـــذا الدين ، ويكون للدائنين الآخرين الرجوع على هذا الدائن • ويذهب الأستاذ حسن الذنون الى غير هذا الراى اذ يقول : « الراى عندى أن النص العراقى للمادة ٣١٢ يشعر بالتفرقة بين الضرر الواقع على النفس وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن الثانى أن يرجع على الدائن الاول بشيء ، وبين الضرر الواقع على المال وفى هذه الحالة يجوز له الرجوع عليه • ذلك ان الفقرة الأولى من المادة السالفة تقضى بانه اذا اتلف احد الشركاء فى دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضمانا فلشركائه اخذ نصيبهم منه • فالنص قاصر على جواز الرجوع فى حالة ما اذا اتلف الدائن مالا للمدين • اما فى حالة اتلاف النفس او ما هو دون النفس ، فالنص ساكت عن بيان حكمه ، واذن فلا مندوحة من الرجوع الى احكام الفقه الاسلامى وهى المصدر التى اقتبست عنه هذه النصوص • وبالرجوع الى احكام هذا الفقه نجد أن الفقهاء لا يجيزون الرجوع فى هـــذه الحالة ، اى فى حالة اتلاف النفس او ما هو دون النفس • وعندى أن هذه التفرقة منتقـــدة ، وكان الاجدر بالمشرع العراقى أن يجيز الرجـــوع ســواء أوقع الضرر على المال أم على النفس ـ انظر المبســوط ٢١ ص ٤٠ ـ فتح القدير ٧ ص ٤٠٦ ـ الزيلعى ٥ ص ٤٢ » (أحكـــام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٩٠ ص ١٨٠) ـ ونرى أن ذكر النص لاتلاف الشريك مالا للمدين لم يقصد به الاقتصار على حالة اتلاف المال دون اتلاف النفس ، بل ان النص باشارته الى اتلاف المال قد ذكر ما يقع غالبا فى العمل، فيقاس على اتلاف المال اتلاف النفس •

(٢) وقد جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٦٧) : « ولو كان وجب للمطلوب على احد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين ، فصار ما عليه قصاصا بما لاحد الطالبين ، فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه ، لانه ما استوفى الدين بل قضى ديناكان عليه ، اذ الاصل فى الدينين اذا التقيا =

الدين المشترك قد ثبت فى ذمة المدين قبل أن يثبت حقه فى ذمة الدائن ، ولكن هذا الحق الذى ثبت فى ذمة الدائن لم يكن له مقابل أخذه الدائن من المدين ، كأن كفل الدائن للمدين دينا واجبا له على شخص آخر وصارت حصته قصاصا بالدين الذى كفله ، فلا رجوع للدائنين الآخرين على شريكهم ، واذا رجع الدائن على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه (١) . ومثل ذلك أيضا ما اذا كان الدائن قد وهب حصته فى الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته منها ، فانه لا يكون قد قبض شيئا من المدين ، فلا رجوع لشركائه عليه . وهذه الاحكام نصت عليها المواد ٣١١ - ٣١٣ من التقنين المدنى العراقى . فنصت المادة ٣١١ على أنه : « ١ - اذا كان للمدين فى دين مشترك على أحد الشركاء دين خاص به ثابت له قبل وجوب الدين المشترك عليه حتى صار دينه قصاصا به ، فليس للشركاء أن يرجعوا بشىء من حصصهم على هذا الشريك . ٢ - أما اذا حدث للمدين دين على أحد الشركاء وثبت له ذلك بعد وجوب الدين المشترك عليه وصار دينه قصاصا به ، فلشركائه الحق فى الرجوع عليه بحصصهم منه » . ونصت المادة ٣١٢ على أنه « ١ - اذا أتلف أحد الشركاء فى دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضمانا ، فلشركائه أخذ نصيبهم منه . ٢ - أما اذا ضمن للمدين دينا واجبا له على شخص آخر ، وصارت حصته قصاصا بالدين الذى ضمنه ، فلا شىء لشركائه عليه . واذا رجع على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان ، لم يكن لشركائه ان يشاركوه فيه » . ونصت المادة ٣١٣ على أنه « اذا وهب

= قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثانى لانه كان واجب القضاء قبل الثانى ، واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة اذ المشاركة تثبت فى القدر المستوفى » .

(١) جاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٢ ص ٣٤٠) : « وفى المنتقى عن أبى يوسف لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل ، صارت حصته قصاصا به ، ولا شىء لشريكه عليه . فان اقتضى من المكفول عنه ذلك المال ، لم يكن لشريكه ان يرجع عليه أيضا فيشاركه فى ذلك ، كذا فى المحيط » .

أحد الشركاء حصته من الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته منها ، فهبته وأبراؤه صحيحان ، ولا يضمن نصيب شركائه فيما وهب أو أبرأ » (١) .

ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أن الدائن اما أن يقبض حقه من جنس الدين ، أو يقبض مقابلا لحصته ، أو تبرأ ذمة المدين من حصته دون أن يقبض شيئا . فاذا قبض حصته من جنس الدين ، سواء قبضها من المدين نفسه أو من كفيل أو من محال عليه أو صالح المدين عن حصته وكان بدل الصلح من جنس الدين، فللدائنين أن يشاركوه عينا فيما قبض. واذا قبض الدائن مقابلا لحصته ، كأن اشترى أو استأجر بحصته مالا للمدين أو صالح عن حصته وكان بدل الصلح من خلاف جنس الدين، ومثل ذلك أيضا ما اذا قبض حصته من جنس الدين ولكنه تصرف فيها أو استهلكها، فان الدائنين الآخرين يرجعون عليه بضمان حصصهم اذ ليس في يده شيء من جنس الدين حتى يشاركوه فيه عينا . واذا برئت ذمة المدين من حصة الدائن دون أن يقبض هذا شيئا ، كأن وفى الدائن دينا عليه للمدين بحصته في الدين المشترك فانقضى الدينان قصاصا أو انقضت حصته في الدين المشترك قصاصا بدين مثله للمدين أو وهب حصته للمدين أو أبرأ ذمته منها ، ومثل ذلك أيضا أن يقبض الدائن حصته فتتلف في يده بسبب أجنبي فيكون في حكم من لم يقبض شيئا ، لم يرجع الدائنون الآخرون عليه بشيء ، فهم لا يشاركونه عينا اذ لا شيء في يده من جنس الدين حتى تمكن المشاركة فيه ، ولا يرجعون عليه ضمانا اذ هو لم يقبض شيئا يضمنه لشركائه ، ويعتبر الدائن قد استوفى حصته هو ، ولا يبقى لشركائه الا أن يتبعوا المدين بحصصهم (٢) .

---

(١) ونصت المادة ٤٢٣ من التقنين المدنى الاردنى على انه « يجوز لاحد الشركاء ان يهب حصته في الدين للمدين او ان يبرئه منه ولا يضمن انصبه شركائه فيما وهب او ابرأ » .

(٢) وننقل هنا ما جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٦٧ — ص ٦٨) تاكيدا لما استخلصناه من هذه المبادىء : « ولو كان الدين بين شريكين على امرأة ، فتزوجها احدهما على نصيبه من الدين ، فقد روى بشر عن ابى يوسف أن لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك . وروى بشر عنه ايضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن ابى يوسف . وجه الرواية الاولى أن النكاح اوجب المهر =

ويمكن أن نستخلص من المبادئ المتقدمة حلولا لمسائل لم يرد فيها نص . من ذلك أن التقنين المدنى العراقى قد أغفل النص على حالتى التجديد والتقادم . ويمكن القول بأنه اذا انقضت حصة أحد الدائنين فى الدين المشترك عن طريق التجديد ، فان الدائن يكون قد قبض حصته ولكن من غير جنس الدين ، فيرجع عليه شركاؤه بالضمان ، ويكون له الخيار ان شاء سلم اليهم أنصبتهم فى الدين الجديد الذى حل محل حصته

= فى ذمته وله فى ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه ، فصار كأنه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه ، كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين. وجه الرواية الأخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يتحمل المشاركة ، ولم يوجد ، فلا يضمن لشريكه ، كما لو ابراها عن نصيبه . ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه ، فان شريكه يرجع عليه فى قولهم جميعا ، لأن الأجرة مقابلتها بدل مضمون بالعقد ، فأشبه البيع ، وكذا الذى سلم له وهو المنفعة قابل للشركة ، فكان له أن يضمنه . وروى بشر عن ابى يوسف أن أحد الطالبين اذا شج المطلوب موضحة عمدا ، فصالحه على حصته ، لا يلزمه شىء لشريكه ، لانه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه ، لان الصلح عن جناية عمد ليس فى مقابلته بدل مضمون ، فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه ، فلا يلزمه شىء . وأما اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا ، فصارت قيمته قصاصا بدينه ، أو اقترض منه شيئا بقدر نصيبه من الدين ، فلشريكه أن يرجع عليه ، لأن قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى ، فصار كأنه استوفى حقه . ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين ، فصار ما عليه قصاصا بما لأحد الطالبين ، فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه ، لانه ما استوفى دينه بل قضى دينا كان عليه ، اذ الأصل فى الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الأول مقضيا بالثانى لانه كان واجب القضاء قبل الثانى ، واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة اذ المشاركة تثبت فى القدر المستوفى . وذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد لو أن أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص ، فصالحه المطلوب عن خمسمائة درهم ، كان ذلك جائزا ، وبرىء من حصة القاتل من الدين ، وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة ، وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة ، أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة . فرق بين هذا وبين ما اذا صالح على نفس الدين أو تزوج به ، ووجه الفرق أن العقد هنا ، وهو الصلح والنكاح ، وقع على ما فى الذمة ، وانه يوجب المقاصة ، فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة . بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به ، فان العقد هناك ما وقع على ما فى الذمة مطلقا ، الا ترى أن العقد هناك أضيف الى نفس الدين ، فلم =

وان شاء دفع اليهم نصيبهم فى الدين المشترك ، وهذا قياسا على الصلح اذا كان بدله من خلاف جنس الدين (انظر المادة ٣٠٩ عراقى) . واذا انقضت حصة أحد الدائنين بالتقادم دون أن تنقضى حصص الدائنين الآخرين ، فان الدائن لا يكون قد قبض شيئا ، ومن ثم لا يرجع عليه شركاؤه بشىء ، ويتبعون المدين بحصصهم .

١٦٣ — رجوع الدائنين الآخرين على الدائن بنصيبه فى اعسار المدين : وقد يختار الدائنون الآخرون ألا يشاركوا الدائن فى حصته التى قبضها من الدين المشترك ، فيتركوها له ويتبعوا المدين بحصصهم . « فان اختاروا متابعة المدين — كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ٣٠٤ من التقنين المدنى العراقى — فلا يرجعون على القابض بشىء ، الا اذا توى نصيبهم، فيرجعون عندئذ على القابض بحصتهم فيما قبضه، ويأخذون منه مثل المقبوض لا عينه » (١) . فاذا كان الدين ، كما ذكرنا فى مثل

= تقع المقاصة، ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه، فلا يرجع .وذكر على بن الجعد عن أبى يوسف انه لو مات المطلوب واحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء ، اشتركا بالحصص ، لأن الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث ، فلا يسقط دينه ، وكان دين الوارث والأجنبى سواء . ولو أعطى المطلوب لأحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده ، فلشريكه أن يضمنه ، لان قبض الرهن قبض استيفاء ، وبهلاك الرهن يصير مستوفا للدين حكما ، فكان كالاستيفاء حقيقة . ولو غصب احد الشريكن المطلوب عبدا فمات عنده ، فلشريكه أن يضمنه ، لانه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فملك المغصوب منذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد . ولو ذهبت احدى عينى العبد بافة سماوية فى ضمان الغاصب فرده ، لم يرجع شريكه عليه بشىء ، ولانه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه . وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بآفة سماوية . وكذا لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبدا بيعا فاسدا وقبضه فمات فى يده او باعه أو أعتقه ، انه يضمن لشريكه كما يضمن فى الغصب . ولو ذهبت عينه بآفة سماوية فرده ، لم يضمن لشريكه شيئا ، ويجب عليه من حصته من الدين خاصة » .

(١) وهذا النص يقابله فى التقنين المدنى الاردنى الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ التى نصت على انه « اذا اختار الشريك متابعة المدين فليس له ان يرجع على شريكه الا اذا هلك نصيبه، وله أن يرجع عليه بنسبة حصته فيما قبض» .

سابق ، تسعمائة، وكان الدائنون ثلاثة بحصص متساوية، وقبض أحدهم حصته من الدين وهى ثلثمائة ، ولم يختر الدائنان الآخران أن يشاركا الدائن الاول فى هذه الحصة وتركاها له ، طالب كل منهما المدين بحصته فى الدين وهى ثلثمائة • فان استوفى كل منهما حصته انقضى الدين جميعا ، وبرئت ذمة المدين نحو الدائنين الثلاثة ، وخلص للدائن الاول حصته التى قبضها كما خلص لكل من الدائنين الآخرين حصته • أما اذا كان المدين قد أعسر عند مطالبة الدائنين الآخرين له بحصتيهما فى الدين المشترك ، تحمل الدائنون الثلاثة اعسار المدين كل بنسبة حصته ، ومن ثم يرجع الدائنان الآخران بالضمان على الدائن الاول الذى قبض ثلاثمائة ، فيأخذ كل منهما مائة من هذا الدائن ـــ مثلا لا عينا لانهما يرجعان بالضمان لا بالمشاركة فى عين المقبوض ـــ ويبقى للدائن مائة مثلهما • واذا كان اعسار المدين اعسارا جزئيا بحيث أن الدائنين الآخرين لم يخلص لكل منهما الا نصف حصته أى مائة وخمسون ، فان الدائنين الثلاثة يتحملون هنا أيضا اعسار المدين كل بنسبة حصته ، فيرجع الدائنان الآخران بالضمان على الدائن الاول الذى قبض ثلثمائة ، فيأخذ كل منهما خمسين من هذا الدائن ، ويكون كل من الدائنين الثلاثة قد خلص له من حصته فى الدين مائتان بدلا من ثلثمائة بسبب اعسار المدين هذا الاعسار الجزئى •

ويستوى أن تنقضى حصة أحد الدائنين فى الدين المشترك بطريق الوفاء أو بأى طريق آخر يستوفى به الدائن مقابلا لحصته كالوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد ، ففى جميع هذه الاحوال يرجع الدائنون الآخرون على هذا الدائن الذى استوفى حصته كاملة بنصيبه فى اعسار المدين [1] •

وقد يقع أن شركاء الدائن الذى قبض حصته أو أخذ ما يقابلها ، عند رجوعهم عليه لتحميله نصيبه فى اعسار المدين ، يجدونه هو أيضا معسرا ،

---

(١) أما اذا انقضت حصة الدائن فى الدين المشترك دون أن يقبض شيئا، كما اذا أبرأ المدين من حصته أو انقضت هذه الحصة بالتقادم ، فيبدو أن الدائن فى هذه الحالة لا يحمل نصيبا فى اعسار المدين ، فهو لم يأخذ مقابلا فى حصته حتى يشارك فى تبعة الاعسار •

فلا مناص فى هذه الحالة من أن يستقلوا هم دونه بتحمل اعسار المدين •
ومثل ذلك ما اذا وجد الشركاء شريكهم معسرا عندما أرادوا مشاركته فى حصته التى قبضها ، ثم لما طالبوا المدين بحصصهم وجدوه هو أيضـــا معسرا ، فلا مناص من أن يتحملوا وحدهم ، هنا أيضا ، اعسار المدين •

الفـــرع الثـــانى

التضامن بين المدينين

(Solidarité entre débiteurs — Solidarité passive)

١٦٤ ــ أهمية الموضوع لكثــرة وقوعة فى العمل : التضــامن بين المدينين يقع كثيرا فى الحياة العملية • وهو ، وان كان يعتبر من الناحية النظرية وضعا استثنائيا اذ الاصل كما قدمنا اذا تعدد المدينون الا يكونوا متضامنين ، الا أن الاســتثناء من الناحية العملية قد طغى على الأصل ، وقل أن نجـــد دائنا له مدينون متعددون فى التزام واحد ولايشترط تضامنهم ، بل ان كثيرا ماتتولى نصوص القانون نفسه مهمة انشاء هذا التضــامن •

والواقع من الأمر أن التضامن بين المدينين يعتبر أقوى ضرب من ضروب الكفالة الشخصية • فالدائن اذا أخذ كفيلا بحقه ، وكان الكفيل غير متضامن مع المدين ، كانت هذه هى المرتبة الدنيا من الكفالة الشخصية لأن الدائن لايستطيع الرجوع على الكفيل اذا طلب الكفيل التجريد الا بعد الرجوع على المدين • فاذا اشترط الدائن تضامن الكفيل مع المدين • وصل الى مرتبة أعلى من الكفالةالشخصية ، لأنه يستطيع أن يرجع ابتداء على الكفيل ، ولكن لايزال التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين الأصــلى ، وهذا يجر الى نتائج تنزل بالكفيل فى درجة المديونية عن الأصل • فاذا جعل الدائن الاثنين مدينين أصليين واشترط تضامنهما ، وصل بذلك الى المرتبة العليا من الكفالة الشخصية ، اذ يستطيع أن يرجع ابتداء على

أيهما شاء مع تعادلهما فى مرتبة المديونية ، فيصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد ، كل منهما ملتزم نحوه بالدين جميعه .

فبقدر ما رأينا لتضامن الدائنين من مضار نرى مزايا لتضامن المدينين ، وندرة التضامن بين الدائنين فى العمل لايعدلها الا كثرة وقوع التضامن بين المدينين . على أن كلا من هذين النوعين من التضامن يقوم على أسس واحدة : وحدة الالتزام مع تعدد الروابط ، وكفالة متبادلة مصحوبة بمصلحة مشتركة ، تسوغ قيام وكالة هى أيضا متبادلة ولكن فيما ينفع لافيما يضر (١) . ومن ثم سنتوخى فى بحث التضامن بين المدينين نفس الخطة التى اتبعناها فى بحث التضامن بين الدائنين ، فنتكلم : ١ — فى مصدر التضامن بين المدينين . ٢ — ثم فى الآثار التى تترتب على هذا التضامن . ولكننا هنا سنكون أكثر اسهابا وتفصيلا ، لاهمية الموضوع وكثرة وقوعه فى العمل كما قدمنا .

المبحث الأول

مصدر التضامن بين المدينين

١٦٥ — التضامن بين المدينين مصدره الاتفاق أو نص فى القانون : رأينا أن مصدر التضامن بين الدائنين هو الاتفاق ، ولا توجد حالة من هذا النوع من التضامن يكون مصدرها القانون . أما التضامن بين المدينين ، فمصدره اما الاتفاق واما نص فى القانون . وهناك كثير من حالات التضامن السلبى القانون هو الذى تولى بنفسه انشاء التضامن فيها بين المدينين المتعددين فى التزام واحد دون أن يكون لارادة طرفى الالتزام دخل فى ذلك .

ولذلك تكون المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى — وهى التى تقضى بأن

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩ — ص ٥٠ .

« التضامن بين الدائنين أو المدينين لايفترض ، وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (١) » — أكثر انطباقا على التضامن السلبى منها على التضامن الايجابى ، ففى التضامن السلبى نجد أن المصدر حقا هو الاتفاق أو نص القانون ، أما التضامن الايجابى فلا مصدر له الا الاتفاق ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

المطلب الأول

الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين

١٦٦ — الاتفاق على تضامن المدينين لايفترض : أكثر مايقوم تضامن المدينين على اتفاق بينهم وبين الدائن ، عندما يكونون جميعا ملتزمين بدين واحد ، فيشترط عليهم الدائن تضامنهم جميعا فى هذا الدين ويصح أن يكون ذلك فى العقد ذاته الذى أنشأ الدين ، أو بعد ذلك .

---

(١) سبق ان اوردنا تاريخ هذا النص عند الكلام فى التضامن بين الدائنين ، وذكرنا ما يقابله فى التقنين المدنى السابق وما يقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، (انظر آنفا فقرة ١٢٥ فى الهامش) . ولم يبق الا أن نذكر هنا نصوص التقنين العراقى وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى والتقنين المدنى الاردنى الخاصة بالتضامن السلبى :

التقنين المدنى العراقى م ٣٢٠ : التضامن بين المدينين لا يفترض ، وانما يكون بناء على اتفاق او نص فى القانون . (وهذا النص مطابق لنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى فيما يخص التضامن السلبى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٤ : ان التضامن بين المديونين لا يؤخذ بالاستنتاج ، بل يجب أن يستفاد صراحة من عقد انشاء الموجب او من القانون أو من ماهية القضية . على أن التضامن يكون حتما فى الموجبات المعقودة بين التجار فى شئون تجارية ، اذا لم يتحصل العكس من عقد انشاء الموجب أو القانون .

(والتقنين اللبنانى يتفق فى احكامه مع التقنين المصرى ، ويزيد أن نص على التضامن فى المسائل التجارية ، فالتقنين اللبنانى اكثر توسعا فى التضامن السلبى من سائر التقنينات المدينة العربية) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤٢٦ : لايكون التضامن بين المدنين الا باتفاق او بنص فى القانون . (وهذا النص موافق لنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى فيما يخص التضامن السلبى) .

فاذا باع شخص داره الى ثلاثة ، جاز له أن يشترط فى عقد البيع ذاته تضامن المشترين الثلاثة فى الوفاء بالثمن ، كما يجوز له أن يتفق معهم على هذا التضامن فى عقد منفصل تال لعقد البيع [١] .

وسواء كان الاتفاق على التضامن واقعا فى العقد الذى أنشأ الدين أو كان تاليا له ، فانه لايجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقا واضحا لاشك فيه [٢] ، كما هى الحال فى التضامن بين الدائنين فيما قدمنا . فلو أن البائع فى المثل المتقدم باع الدار فى الشيوع للثلاثة على السواء صفقة واحدة ، دون أن يعين حصة كل واحد منهم فى الدار أو فى الثمن ، لم يجز أن يستخلص من ذلك أن الثلاثة متضامنون فى الوفاء بالثمن ، لان التضامن لا يفترض ، ولوجب القول عند عدم تعيين حصة كل منهم أن الثلاثة متساوون فى الحصص ، فلكل منهم ثلث الدار فى الشيوع وعلى كل منهم ثلث الثمن بعد انقسام الدين عليهم . فاذا أراد البائع أن يكونوا متضامنين ، وجب عليه أن يشترط التضامن بينهم فى وضوح لا خفاء فيه ، فان التضامن أمر خطير ، فاذا لم يشترطه الدائن فى جلاء تام ، فسر العقد لصلحة المدينين وكان الأصل هو عدم تضامنهم [٣] .

---

(١) ويصح أن يكون مصدر التضامن هو الوصية ـ وهى ارادة منفردة لا اتفاق ـ فيوصى المورث بمبلغ من النقود لشخص ، ويجعل الورثة متضامنين فى أدائه للموصى له . وهذا ظاهر فى القانون الفرنسى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٢ ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥) . أما فى مصر فالتركة طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، مسئولة عن الوصية ، اذ الوصية مقدمة على الميراث ، فسواء اشترط الموصى تضامن الورثة فى أداء الوصية أو لم يشترط ، فان الموصى له يأخذ الوصية كاملة من التركة قبل الورثة ما دامت لا تخرج من الثلث .

(٢) مصر الوطنية ٢١ ابريل سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٧٦ ـ استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٦ ـ ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٧ ـ ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٧ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤١ ـ ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٦ ـ ٦ ابريل ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٧ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٩٤ مكررة (٢) ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ ص ٤٢١ ـ ص ٤٢٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن التضامن بين المدينين لايجوز افتراضه ويجب =

ولا يفهم هنا فى التضامن بين المدينين ، كما لا يفهم هناك فى التضامن بين الدائنين على الوجه الذى سبق بيانه ، أن التضامن لابد أن يرد فيه شرط صريح ، بل يصح أن يكون الشرط ضمنيا (١) ، ولكن يجب أن يكون هذا الشرط الضمنى موجودا فعلا فلا يجوز افتراضه(٢).

والشرط اذا كان صريحا ليس من الضرورى أن يرد بلفظ « التضامن » ، بل يكفى أن تستعمل عبارة تفيد هذا المعنى ، كأن يشترط الدائن على المدينين أن يكون كل واحد منهم مسئولا أمامه عن كل الدين ، أو أن له الرجوع على أى منهم بكل الدين ، أو أن جميع المدينين متكافلون فى الدين جميعه على وجه التساوى ، أو نحو ذلك من العبارات التى لا تدع شكا فى أنه قصد الاتفاق معهم على التضامن (٣) .

وقد يكون شرط التضامن ضمنيا كما قدمنا . والشرط الضمنى غير الشرط المفترض ، فالتضامن لايجوز أن يقوم على شرط مفترض ، ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمنى . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا استخلصت محكمة الموضوع من اتفاق أربعة شركاء فى اجارة على أن يكون الايجار من الباطن بمعرفتهم جميعا وتحصيل الأجرة بواسطة

= الا يكون محل شك فى العبارة التى تضمنته ، فاذا لم يكن واضحا بجلاء فسرت العبارة لمصلحة المدينين لان الاصل هو عدم تضامنهم : نقض مدنى فى ٩ يناير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٣ ص ٢٠ .

(١) استئناف وطنى ٧ اغسطس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٧ ص ٢٠٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يفترض التضامن ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغى أن يرد الى نص فى القانون أو الى اتفاق صريح أو ضمنى وعلى قاضى الموضوع اذا استخلص من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف افادته هذه العبارات والظروف : نقض مدنى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٣٩ ص ١٥٦٥ .

(٣) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٧ - ٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٧٩ - ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٢ - ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣٥ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٩ ص ٥٩٥ وهامش رقم ٢ .

فلان وكيل اثنين منهم هما أخوان وباشراف الشريكين الآخرين ، وأن ترسل المبالغ المحصلة للمؤجر الأصلى خصما من الأجرة ، وأن تحفظ جميع المستندات تحت يد واحد منهم (أحد الأخوين) ، وأن يكـــون لباقى الشركاء آن يأخذوا بيانا بما يهمهم على أن يقدم الحساب فى نهاية كل سنة ، اذا هى استخلصت من عبارات هذا الاتفاق على ضـــوء ما ذكرته من الاعتبارات والظروف القائمة فى الدعوى أن فلانا المذكور لم يكن وكيلا عن الشريكين الآخرين ، وأن الأخـــوين يجب لذلك اعتبارهما مسئولين قبلهما عن المبالغ التى حصلها هذا الوكيل ولو لـــم يكونا قد قبضاها منه ، فانها انما تكون قد فصلت فى مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها ، ثم اذا هى استخلصت من عبارات الاتفاق ومن ظروف الدعوى أيضا أن الاخوين انما قصدا تطمين باقى الشركاء بأن يتحمل كل منهما المسئولية المترتبة على ما يقع من هذا الوكيـــل ، فان هذا الاستخلاص يكون سائغا والحكم عليهما بالتضامن يكون فى محله (١) • وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه اذا تعهد شخصان بدين واحد لدائن واحد وكان تعهد كل منهما بعقد على حدة ، كـــانا ملزمين بذلك الدين بالتضامن (٢) • على أنه لايكفى لاستخلاص الشرط الضمنى للتضامن أن تكون الظروف مرجحة له ، بل يجب أن تكـــون مؤكدة له لاتدع سبيلا للشك فيه كما قدمنا • فقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الثابت من جميع ظروف الدعوى ووقائعها أن زيدا قـــد أدار الأطيان التى اشتراها بكر باذن شفوى صدر منه فى حضرة أحـــد أبنائه (عمرو) مقابل أجر معين ، وأنه لما توفى بكر عند منتصف السنة الزراعية استمر زيد بتكليف من عمرو وحده فى ادارتها لنهاية السنة ،

---

(١) نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعـــة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٨ •

(٢) استئناف وطنى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ١١ • وقضى أيضا بأن تعهد كل مدين بنفس الدين فى التزام مستقل يستخلص منه التضامن (المحلة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٣) •

ولم يقل عمرو انه كان وكيلا عن أختيه الوارثتين الأخريين حين كلف زيدا بالاستمرار فى ادارة الأطيان ، ولم تدع هاتان الاختان أنهما وكلتا أخاهما عنهما ، فلا يجوز اعتبار زيد وعمرو مسئولين بالتضامن عن نتيجة حساب ادارة الأطيان ، بل يسأل زيد وحده عن هذا الحساب قبل كل من الورثة[1] .

---

(١) نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٦ ص ٣١٥ . وقضى أيضا بأنه اذا استدان شخصان مبلغا بعقد واحد ، ورهن كل منهما عقارا من ممتلكاته لسداد هذا الدين ، وخلا العقد من بيان حصة كل منهما وكيفية الدفع ، فلا تضامن بينهما ، بل يكون على كل اداء نصف الدين الا اذا اعترف احدهما بأن نصيبه أكثر من النصف (بنى سويف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٢٣٩) . ولا يكون هناك تضامن بين الطرفين دون اتفاق فى الالتزام نحو السمسار فى صفقة عقدها الطرفان بوساطته (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ١٦٨ ـ مصر الوطنية ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٣٦) .

وانظر فى قيام التضامن : استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ ـ ٢٢ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٢ ـ ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ ـ ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٠ .

وانظر فى عدم قيام التضامن : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨١ ـ ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ ـ ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠م ١٢ ص ١٣٠ ـ ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٣ ـ ٤ فبراير سنة ١٩١٤م ٢٦ ص ٢٠٠ ـ ٥ يونية سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ ـ ٩ ـ ١ ـ ١١ يونية سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ـ ٢٤ ـ ٤٠ ـ ٣ يونيه سنة ١٩٢٣م ٣٥ص ٥٠٦ ـ ١١ مارس سنة ١٩٢٤م ٣٦ ص ٢٥٧ ـ ١٠ يونية سنة سنة ١٩٢٤م ٣٦ص ٤٢٦ ـ ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٦ ـ ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٩ ـ مصر الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٤٥ .

وقد سبق أن ذكرنا أن المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تقول فى هذا الصدد : « ومن الاصول المقررة أن التضامن بنوعية لا يفترض ، وليس يقصد بذلك الى وجوب اشتراطه بصريح العبارة ، فقد تنصرف اليه الارادة ضمنا ، ولكن ينبغى أن تكون دلالة الاقتضاء فى مثل هذه الحالة واضحة لاخفاء فيها . فاذا اكتنف الشك هذه الدلالة ، وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لاثباته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ وانظر آنفا فقرة ١٢٧) .

ويصح أن يستخلص من الظروف ووقائع الدعوى أن الطرفين انما أرادا من ذكر التضامن أن يكون الملتزم كفيلالدين أصلى لا مدينا متضامنا معه ، كما يصح أن يستخلص انه كفيل متضامن لا مدين متضامن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٧ ـ فقرة ١١٧٨) .

ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن ما يأتى : ١ ـ على من يدعى قيام التضامن أن يثبت وجوده • ٢ ـ عند الشك فى قيام التضامن ، يعتبر التضامن غير قائم • ٣ ـ الحكم الذى يقضى بتضامن المدينين ، دون أن يبين مصدر هذا التضامن ، وهل هو اتفاق أو نص فى القانون ، واذا كان اتفاقاً هل هو اتفاق صريح أو اتفاق ضمنى ، واذا كان اتفاقا ضمنيا كيف استخلص قاضى الموضوع من عبارات التعاقد وظروفه وجوده الذى لاشك فيه ، يكون حكما قاصرا يتعين نقضه (١)•

١٦٧ ـ اثبات الاتفاق مصدر التضامن: وشرط التضامن ، صريحا كان أو ضمنيا ، يجب اثباته ، وعلى الدائن الذى يدعى تضامن مدينيه عبء هذا الاثبات (٢) •

ويثبت شرط التضامن طبقا للقواعد العامة فى الاثبات • فان كان الالتزام المدعى التضامن فيه بين المدينين يزيد على عشرين جنيها ، لم يجز اثباته الا بالكتابة أو بما يقوم مقامها • فان وجد مبدأ ثبوت بالكتابة مثلا ، جازت تكملته بالبينة أو بالقرائن • واذا كان الالتزام لايزيد على عشرين جنيها ، جاز الاثبات فى هذه الحالة بالبينة أو بالقرائن •

ونرى من ذلك أن التضامن يجوز اثباته فى بعض الأحوال بالقرائن ولايتعارض هذا مع القاعدة التى قدمناها من أن التضامن لايفترض •

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ ـ نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٩٠٨ واللوز ١٩٠٩ ـ ١ ـ ٤٢٠ ـ اول فبراير سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٤ ـ ١ ـ ١٣٣ ـ اول يونية سنة ١٩٣٨ سيرية ١٩٣٨ ـ ١ ـ ٢٥٣ •

وقد قضت محكمة النقض بانه لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتضامن على المدعى عليهم الا اذا طلب المدعى الحكم بذلك ، ولا يغنى عن وجوب ابداء هذا الطلب مجرد الاشارة فى صحيفة افتتاح الدعوى الى ان مسئولية المدعى عليهم تضامنية : نقض مدنى فى ٢١ فبراير سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٦٤ ص ٣٨٩ •

(٢) وقد يقع عبء اثبات التضامن على أحد المدينين المتضامنين اذا دفع الدين كله للدائن وأراد الرجوع على المدينين الآخرين كل بنصيبه ، فأنكر عليه أحدهم حق الرجوع ونفى وجود التضامن •

فافتراض التضامن معناه أن وجود التضامن مجرد افتراض ، أمـــا اثبات التضامن بالقرائن فمعناه أن شرط التضامن موجود فعـلا وأن وجوده ثابت بالقرائن (١) •

١٦٨ ــ التضامن بين المدينين في المسائل التجارية : والتضامن بين المدينين لايفترض فى المسائل التجارية كما هو لايفترض فى المسـائل المدنية ، وهذا على خلاف ما جرى عليه الفقه والقضاء فى فرنســا من أن التضامن يفترض فى المسائل التجارية دون المسائل المدنية •

هناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب الى أن التضامن فى القانون الفرنسى لايفترض فى المسائل التجارية ، فهى والمسائل المدنية سواء فى ذلك ، وأبرز من قال بهذا الرأى لوران (٢) • ولكن الكثرة الغالبة مـن فقهاء فرنسا (٣) ، والقضاء الفرنسى معهم (٤) ، يذهبون جميعا الى أن التضامن يفترض فى المسائل التجارية على خلاف المسائل المدنيـــة •

---

(١) هيك ٧ فقرة ٣٠٩ ــ بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٩ ــ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٦ •

(٢) لوران ١٧ فقرة ٢٨٥ •

(٣) بارتان على أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثا هامش ٩ مكرر بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٥ ــ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ــ بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٤٧ ــ كولان وكابيتان ٢ ص ٢٠٠ ــ ليون كان ورينو ٣فقرة ٣٨ ــ تالير فقرة ١٠٥٤ ــ غسكارا فقرة ٥ ــ ريبير فى القانون التجارى فقرة ٣٢٨ •

(٤) كان القضاء الفرنسى فى مبدأ الأمر يقيم التضامن فى المسائل التجارية على أساس افتراض قيام شركة تجارية بين المدينين المتضامنين ، فكان يقضى بقيام التضامن بين تجار اشتروا شيئا مشتركا ، أو بين موكل ووكيله عـن أعماله تجارية قام بها الوكيل مع الغير ، أو بين شركاء فى شركة محاصـة تعاملوا مع الغير ، أو لوجود شركة واقعية بين شركتين أو وجود مال مشترك فى الظاهر بين هاتين الشركتين (أنظر لأحكام المشار اليها فى هذا الصدد فى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٣٩ الهوامش رقم ٣ الى رقم ٨) • وكان يقيم التضامن فى الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس الخطأ المشترك • أما فى الالتزامات الناشئة عن الاثراء بلا سـبب لا يقضى بالتضامن فيها ،بل كان لا يقضى باقتراض تضامن الكفيل مع المدين الأصلى فى المسائل التجارية اذ كان يعطى للكفيل حق التجريد ــ ولكن محكمة النقض الفرنسية أزالت كل هذه القيود وأصبحت تقضى فى عبارة عامة بقيام التضامن فى المسائل التجارية ، لان هذا ما تقضيه مصلحة الدائن والمدين معـا =

فاذا اشترى تاجران صفقة تجارية واحدة دون أن يشترط عليهما البائع أن يكونا متضامنين ، فانهما مع ذلك يكونان متضامنين فى أداء الثمن للبائع ، الا اذا استبعدا التضامن بشرط خاص . فالأصل اذن فى فرنسا قيام التضامن فى المسائل التجارية ما لم ينص المتعاقدان على استبعاده ويبررون ذلك بأن التقاليد منذ عهد القانون الفرنسى القديم قد استقرت على افتراض التضامن فى المسائل التجارية ، نزولا على مقتضيات الائتمان التجارى وما يستتبع ذلك من توفير أسباب الثقة بالتجار ، فيحصلون من وراء هذه الثقة على الضمان الكافى (١) .

ولايزال هناك خلاف بين الفقهاء الفرنسيين(٢) هل التضامن فى العقود التجارية مصدره العرف التجارى القديم فيقوم التضامن لمجرد أن العقد تجارى(٣) ، أو أن هذا التضامن انما هو تفسير لنية

تقوية للائتمان التجارى ، وذلك ما لم يستبعد التضامن باتفاق صريح أو ضمنى يستظهره قاضى الموضوع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٣٩ — ص ٤٤١) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٥ ص ٢٩٢ — ويتابع بودرى وبارد (ص ٢٩٢ — ص ٢٩٤) ايراد أقوال فقهاء القانون الفرنسى القديم التى تثبت أن العرف التجارى كان يقضى بقيام التضامن بين التجار فى المسائل التجارية ، ويوردان كذلك الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى التى تؤيد هذا المعنى .

وتنص المادة ٢٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على قيام التضامن فى المسائل التجارية ، فتقول : « على أن التضامن يكون حتما فى الموجبات المعقودة بين التجار فى شؤون تجارية اذا لم يتحصل العكس من عقد انشاء الموجب أو من القانون » .

أما التقنين المدنى الالمانى فيذهب الى مدى ابعد من ذلك ، فهو يفترض قيام التضامن حتى فى الالتزامات المدنية التى يكون مصدرها العقد (م٤٢٧ من هذا التقنين) ، فعمم بهذا النص الحكم الذى كان واردا فى المادة ٢٨٠ من التقنين التجارى الألمانى القديم . على أن التقنين المدنى الألمانى يضيق من جهة أخرى من الآثار التى تترتب على التضامن ، ولا يتوسع فيها توسع التقنينات اللاتينية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٦) .

(٢) انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤١ .

(٣) هامل (Hamel) فى تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٠٣ — دراكيدس (Drakidès) ص ٥٥ وما بعدها .

المتعاقدين ، فاذا اتضح من الظروف وجوب استبعاد هذه النية لم يكن هناك محل لقيام التضامن ، كما اذا أمنت شركتان للتأمين شيئا واحدا وتعهدت كل منهما أن تؤمن نصفه فلا محل لافتراض أن نيتهما انصرفت الى قيام التضامن بينهما[١] •

ولايقتصر الأمر فى فرنسا على افتراض التضامن فى العقود التجارية ، بل هناك من الفقهاء من يتوسع فيه فيمده الى كل التزام تجارى ، أيا كان مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو أثراء بلا سبب فان هذا التوسع هو الذى تقتضيه حاجات الائتمان التجارى[٢] • على أن التضامن عن العمل غير المشروع مقرر فى فرنسا كقاعدة تقليدية لا فى المسائل التجارية فحسب ، بل أيضا فى المسائل المدنية • وقد ساير القضاء الفرنسى هذه النزعة فى التوسع[٣] ، وظهر ذلك بنوع خاص فى توسعه فى تقرير التضامن بين أعضاء مجالس ادارة الشركات[٤] •

أما فى مصر فقد كان الرأى الغالب فى الفقه والقضاء فى عهد التقنين المدنى السابق هو أن التضامن لا يفترض حتى فى المسائل التجارية[٥] •

---

(١) ريبير فى القانون التجارى فقرة ٣٢٨ وفى القانون البحرى فقرة ٢٤١٢ ـ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٥٣ •

(٢) هامل (Hamel) فى المرجع السابق الاشارة اليه فى سيريه ١٩٢٢ ـ ١ ـ ٢٠١ ـ قارن دى باج ٣ فقرة ٣٢٨ •

(٣) انظر أمثلة لتوسع القضاء الفرنسى فى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٢ ـ أما التضامن بين الدائنين فأنه لا يفترض ، لا فى مصر ولا فى فرنسا ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (انظر آنفا فقرة ١٢٧) •

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٣ ـ ص ٤٤٤ • على أن محكمة النقض الفرنسية قضت حديثا بأن الشركاء فى خطأ مشترك ، وان كان يجوز الحكم على كل منهم بتعويض كل الضرر الناجم عن هذا الخطأ الا أنهم لا يكونون متضامنين (نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٤٨ J.S. ١٩٥٠ ص ٩٢) •

(٥) وقد كتبنا فى الموجز فى هذا الصدد ما يأتى : « والقاعدة التى تقضى بأن التضامن لا يفترض صحيحة فى المسائل التجارية صحتها فى المسائل المدنية ، وان كان كثير من الفقهاء فى فرنسا يذهبون الى أن التضامن يفترض فى المسائل التجارية بحكم العرف والعادات ، وجارتهم فى ذلك أخيرا محكمة النقض الفرنسية . أما فى مصر فنزعة القضاء تتجه الى عدم افتراض =

ولانرى أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث جديدا فى هذا الصدد ، فلا تزال القاعدة التى تقضى بأن التضامن لايفترض دون تمييز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية موجودة فى التقنين الجديد كما كانت موجودة فى التقنين القديم ، ولا يزال التقنين التجارى قائما كما هو ينص فى حالات خاصة على التضامن ، مما يستخلص منه بمفهوم المخالفة أن التضامن لايقوم فى غير هذه الحالات المنصوص عليها ، والا لما عنى التقنين التجارى بالنص على حالات معينة يقوم فيها التضامن اذا كان من شأن التضامن أن يقوم فى جميع المسائل التجارية من غير استثناء[1] .

ومن ثم لايفترض فى مصر قيام التضامن بين التجار ، لا فى العقود التجارية ولا فى الالتزامات التجارية ما بين التجار التى يكون مصدرها

= التضامن حتى فى المسائل التجارية» (الموجز للمولف فقرة ٥٠٤ ص ٥١١) . انظر ايضا فى هذا المعنى الاستاذ أحمد حشمت ابو ستيت فقرة ٧٠٣ . وانظر: استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ – ١١ يناير سنة ١٩٢٢م ٣٤ ص ١٠٩ – وقضت محكمة المنشية الوطنية بأن التضامن لا يفترض ،ولابد من نص صريح فى القانون أو الاتفاق ، ولم يرد فى القانون التجارى ما يخالف ذلك ، ولذا اختلف فيما اذا كانت المسائل التجارية تخرج على هذا الحكم ، فذهب رأى الى أنها والمسائل المدنية سواء ، وذهب آخرون الى خلاف ذلك . على أن الرأى القائل بعدم سريان المادة ١٠٨ مدنى على المسائل التجارية لايفيد أكثر من التسامح فى استنباط الدليل على قيام رابطة التضامن أو تقرير قرينة مبدئية لمصلحة الدائن، وهو دليل يحتمل الجدل وقرينة يصح نقضها بظروف الحال كافة (٩ ابريل سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١١٤ ص ١٧) .

ومع ذلك قارن ألبير فاهل والدكتور كامل أمين ملش فى القانون التجارى المصرى فقرة ١٢٠ ص ٦٨ وفقرة ٦٦٢ ص ٣٥٢ – استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٨ – ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٣ .

(١) ويذهب الاستاذ اسماعيل غانم عكس هذا الراى فيقول بافتراض التضامن فى المسائل التجارية ، ويعلل اقتصار التقنين التجارى على حالات معينة نص فيها على قيام التضامن بأنها حالات عنى بها المشرع عناية خاصة لأهميتها (أحكام الالتزام فقرة ١٩٥ ص ٢٧٦) . وانظر من هذا الرأى العكسى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٠١ – وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٧ .

الاثراء بلا سبب • وانما يقوم التضامن بين التجار فى الحـالات التى ورد فيها نص فى القانون ، وقد وردت نصوص مختلفة بهذا المعنى فى التقنين التجارى سنذكر أهمها فيما يلى • كذلك يقوم التضـامن فى الالتزامات المدنية والتجارية على السـواء التى يكون مصـدرها عمـلا غير مشروع ، وتقضى بذلك المادة ١٦٩ مدنى كما سيأتى ، ويسرى هذا الحكم بوجه خاص على المسئولية التقصيرية لأعضاء مجـالس ادارة الشركات (١) •

وفيما عدا الحالات التى ورد فيها نص فى القانون يقضى بالتضامن لا يقوم التضامن بين التجار فى مصر ، كما قدمنا ، دون شرط يقضى بـه • على أن هذا الشرط الذى يقضى بالتضامن يمكن استخلاصه فى المسائل التجارية بأيسر مما يستخلص فى المسائل المدنية ، وذلك لسـببين : (أولا) اذا أراد الدائن اثبات شرط التضامن فى المسائل التجارية ، فان جميع طرق الاثبات تكون مفتوحة أمامه ، فيستطيع أن يثبته بالبينة ، بل بالقرائن وحدهـا ، ولو زادت قيمة الالتزام على عشرين جنيهـا ، وذلك وفقا للقواعد العامة للاثبات فى المواد التجارية • (ثانيا) وعنـدما يريد الدائن أن يثبت شرط التضامن عن طريق القرائن ، فمن أهم هذه القرائن أن يكون الالتزام قائما بين التجار فى مسألة تجارية ، فان هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة ، اذا عززتها قرائن أخرى أمكن قاضى الموضوع أن يستخلص قيام التضامن فى المسائل التجارية فى كثير مـن اليسر •

---

(١) ذلك ان وكالة مجلس ادارة الشركة المساهمة هى وكالة قانونية لا اتفاقية ، ومن ثم تكون مسئولية اعضاء مجلس الادارة امـام الشركة والمساهمين والغير مسئولية تقصيرية ، فيكون جميع اعضاء مجلس الادارة متضامنين فى هذه المسئولية (م ١٦٩ مدنى) • على ان المسئولية تكون فردية اذا قام أحد الأعضاء بمفرده بعمل ضار بالشركة أو بالغير ، دون ان يشترك معه الآخرون فى هذا الخطأ ، ودون أن يقصروا فى واجبهم من الرقابة (انظر رسالة الدكتور مصطفى كمال وصفى فى المسئولية المدنية لأعضاء مجالس الادارة فى شركات المساهمة _ القاهرة سنة ١٩٥١ ص ٣٦ _ ص ٤٠) •

المطلب الثانى

نص القانون كمصدر للتضامن بين المدينين

١٦٩ — نصوص متناثرة فى التقنينات والتشريعات المختلفة : وليس الاتفاق وحده هو مصدر التضامن السلبى ، بل كثيرا ما يقوم التضامن بين المدينين بموجب نص فى القانون كما قدمنا . واذا قام التضامن على نص فى القانون لم يجز أن يقاس عليه غيره ، فان أحوال التضامن القانونى مذكورة على سبيل الحصر (١) .

والنصوص التى تقيم التضامن السلبى كثيرة متناثرة فى نواحى التقنينات والتشريعات المختلفة . وأهم هذه النصوص نجدها فى التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين الجنائى وتقنين المرافعات . ونورد طائفة منها على سبيل التمثيل .

ففى التقنين المدنى نجد المادة ١٦٩ الخاصة بالتضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع ، والمادة ١٩٢ الخاصة بتضامن الفضوليين اذا تعددوا ، والمادة ٦٥١ الخاصة بتضامن المهندس والمقاول فى مسئوليتهما عن تهدم البناء ، والمادة ٧٠٧ الخاصة بتضامن الوكلاء اذا تعددوا ، والمادة ٧٠٨ الخاصة بتضامن الوكيل مع نائبه ، والمادة ٧١٢ الخاصة بتضامن الموكلين اذا تعددوا ، والمادة ٧٩٥ الخاصة بتضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية وفى الكفالة القانونية .

وفى التقنين التجارى نجد المواد ٢٢ و ٢٣ و ٢٩ و ٣٠ وهى خاصة بتضامن الشركاء فى شركة التضامن وفى شركة التوصية ، والمادة ٥٧ وهى خاصة بتضامن مديرى الشركة المساهمة ، والمواد ١١٧ و ١١٩ و ١٣٧ وهى خاصة بتضامن الساحب للكمبيالة والمحيل والكفيل ، والمادة ٢٥٤ وهى خاصة بتضامن وكلاء التفليسة عند التعدد . وفى التقنين البحرى نجد المادة ٢٣ وهى خاصة بتضامن الكفيل مع من رسا عليه مزاد السفينة .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٥ ص ٥١١ .

وفى تقنين المرافعات نجد المادة ٣٥٧ وهى خاصة بالتضامن فى مصروفات الدعوى •

وفى التقنين الجنائى نجد المادة ٤٤ وهى خاصة بالتضامن فى الغرامات النسبية •

ونكتفى بهذا القدر من النصوص • ويمكن تقسيم الالتزامات التضامنية التى تشتمل عليها الى التزامات مدنية والتزامات تجارية، ثم ترتيب الالتزامات المدنية بحسب مصدرها فمنها ما هو مصدره العقد، ومنها ما هو مصدره العمل غير المشروع ، ومنها ما هو مصدره الاثراء بلا سبب ، ومنها ما هو مصدره القانون (١) • ونقول كلمة عن كل منها بهذا الترتيب ، ونقتصر فى هذه الكلمة على ابراز فكرة التضامن ، أما النص من ناحية موضوعه فيشرح فى مكانه •

١٧٠ — التزامات مدنية مصدرها العقد : هذه هى الالتزامات الناشئة من عقد المقاولة ومن عقد الوكالة •

ففى عقد المقاولة تنص المادة ٦٥١/١و٢ على ما يأتى : « ١ — يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الارض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز اقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات • ٢ — ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته » • وظاهر أن مسئولية كل من المهندس المعمارى والمقاول نحو رب العمل عن سلامة البناء انما هى مسئولية تعاقدية نشأت من

---

(١) هذا ويلاحظ أن الالتزامات المدنية التى يقيم فيها القانون التضامن بنص فى التقنين المدنى لا يقتصر التضامن فيها على ما كان مدنيا منها ، بل يشمل أيضا — ومن باب أولى — ما كان منها تجاريا وأيا كان مصدره : العقد أو العمل غير المشروع أو الاثراء بلا سبب أو القانون •

عقد المقاولة ذاته • ولما كان التضامن فى الالتزامات التعاقدية ــ ومنها المسئولية التعاقدية ذاتها ــ لا يفترض كما سبق القول ، فكان لابد من شرط فى عقد المقاولة أو نص فى القانون ليقيم التضامن بين المهندس المعمارى والمقاول فى هذه المسئولية ، فوجد النص المتقدم الذكر وهو يغنى عن الشرط • ومن ثم يكون المهندس المعمارى والمقاول متضامنين فى المسئولية نحو رب العمل عن سلامة البناء حتى لو لم يوجد شرط يقضى بالتضامن فى عقد المقاولة ، فنص القانون هو الذى يقيم هذا التضامن •

وفى عقد الوكالة تنص المادة ١/٧٠٧ مدنى على أنه « اذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك • على أن الوكلاء ولو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا فى تنفيذها » • وهنا التزامات الوكيل ومسئوليته عن تنفيذ هذه الالتزامات منشؤها جميعا عقد الوكالة ، فاذا تعدد الوكلاء بقيت التزامات كل منهم ناشئة من هذا العقد • فلا يقوم التضامن بينهم اذن، من غير شرط ، الا بنص فى القانون ، وهو النص المتقدم الذكر • وقد اشترط النص وحدة العمل الذى تنشأ عنه المسئولية ، بأن يكون تنفيذ الوكالة غير قابل للانقسام فيكون الوكلاء وقد اشتركوا فى التنفيذ قد قاموا بعمل واحد لايقبل التجزئة ، أو بأن يكون التنفيذ متكونا من أعمال متفرقة ولكن الوكلاء قد اشتركوا فى عمل واحد من هذه الأعمال فارتكبوا خطأ مشتركا (١) • وغنى عن البيان أنه لو انفرد أحد الوكلاء بمجاوزة حدود الوكالة أو انفرد بالتعسف فى تنفيذها ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ١/٧٠٧ من القانون المدنى ان الوكلاء لا يكونون متضامنين فى التزاماتهم قبل الموكل الا اذ كانت الوكالة غير قابلة للانقسام او كان اضرر الذى اصاب الموكل وقع نتيجة خطأ مشترك بين الوكلاء جميعا : نقض مدنى فى ٣ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٣ ص ١١١٨ •

استقل وحده بالمسئولية ، لأن الوكلاء الآخرين لم يشتركوا معه في العمل الذي أوجب مسئوليته فلا يكونون متضامنين معه ، بل لا يكونون مسئولين أصلا . ثم تنص المادة ١/٧٠٨ مدني على أنه « اذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية »[1] . واذا كانت مسئولية الوكيل قد نشأت من عقد الوكالة ، فان مسئولية النائب نحو الموكل لم تنشأ من هذا العقد لأن الوكالة لاترخص في تعيين نائب فلا يربط النائب بالموكل عقد ما ، وتكون مسئوليته نحو الموكل مسئولية تقصيرية . وكان مقتضى أن تكون مسئولية الوكيل تعاقدية ومسئولية النائب تقصيرية ألا يقوم بينهما تضامن (solidarité) بل يقوم تضامم (obligation in solidum) على ما سنرى ، ولكن النص صريح في انشاء التضامن بين الوكيل ونائبه بما يستتبع التضامن من نتائج أصلية ونتائج ثانوية[2] . وتنص أخيرا المادة ٧١٢ مدني على أنه « اذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا في عمل مشترك ، كان جميع الموكلين متضامنين قبل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المادة ١/٧٠٨ من القانون المدني ان الوكيل يسأل بالتضامن مع نائبه اذا كان قد انابه في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك من الموكل : نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٣ ص ١١١٨ .

(٢) وتقضي الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٨ مدني بوجود دعوى مباشرة للموكل قبل نائب الوكيل ، وهذا أدعى لتقرير التضامم دون التضامن ، فان الموكل يستطيع ان يطالب كلا من الوكيل ونائبه بدعوى مباشرة بنفس الدين ، وهذا هو التضامم كما سنرى .

ثم ان الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدني تقضي ، اذا رخص للوكيل في اقامة نائب عنه ، بالا يكون مسئولا الا عن خطاه في اختيار نائبه او عن خطاه فيما اصدر له من تعليمات ، فهل يكون ، اذا تحققت مسئوليته على هذا النحو ، متضامنا مع نائبه ؟ لم يصرح النص بالتضامن هنا كما صرح به في الفقرة الثانية ، وليست المسئولية في هذا الفرض ناشئة عن خطأ مشترك يوجب التضامن ، ومن ثم نرى ان المسئولية هنا تكون بالتضامم لا بالتضامن .

الوكيل فى تنفيذ الوكالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » • وهنا نرى أن الالتزام بتنفيذ الوكالة والقيام بهذا العمل المشترك مصدره عقد الوكالة ، فالتضامن دون شرط فى العقد لايقوم الا بنص فى القانون، وهو النص المتقدم الذكر(١) •

١٧١ — التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع : تنص المادة ١٦٩ مدنى على أنه « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى، الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » • وهذا نص من النصوص الجوهرية فى التضامن ، له أهمية بالغة ومدى واسع فى التطبيق ، فهو يقضى بالتضامن فى المسئولية عن أى عمل غير مشروع • وواضح أن العمل غير المشروع قد أصبح فى العصر الحاضر مصدرا هاما من مصادر الالتزام ، وهو يكاد يدانى العقد فى أهميته • فوضع النص مبدأ عاما هو التضامن فى المسئولية التقصيرية ، بخلاف المسئولية التعاقدية وجميع الالتزامات الناشئة عن العقد فقد رأينا أن التضامن فيها لا يفترض (٢) ، بل يجب لقيامه شرط

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٢م ٥ ص ١٨١ — ٤ ابريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢١٨ — ١٧ يونيه سنة ١٩١٤م ٢٦ ص ٤٤٣ — ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٤ — ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٠ — ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥ •

ويترتب على ذلك أنه اذا وكل عدة أشخاص أحد المحامين فى قضية مشتركة ، كانوا جميعا متضامنين فى التزامهم بدفع الاتعاب للمحامى (بودرى وبارد ٣ فقرة ١١٨٧ — فقرة ١١٩٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٧ ص ٤٢٣) — هذا والموكلون متضامنون نحو الوكيل ، حتى لو كانت الوكالة بغير أجر (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٦) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون لم يقرر التضامن فى الالتزام بتعويض الضرر اذا تعدد المسئولون عنه الا عندما تكون مسئوليتم عن عمل غير مشروع • واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بمساءلة الطاعنين « التابعين » عن الضرر الذى لحق المضرور على ان الوزارة التى يتبعها الطاعنان مسئولة عن الضرر مسئولية تعاقدية كما انها مسئولة عن أعمالهما بوصفهما تابعين لها مسئولية وصفها الحكم بأنها مسئولية التابع =

أو نـــص فى القـــــانون(١) . بـــل ان افتـــراض التضـــامن

= للمتبوع وان من شأن هذه المسئولية ان تلتزم الوزارة والطاعنان بالتضامن بتعويض ذلك الضرر ، فان الحكم المطعون فيه اذ رتب مسئولية الطاعنين على مجرد وجود تعاقد بين متبوعهما (وزارة التربية والتعليم) وبين المضرور وولى أمره يجعل الوزارة ملتزمة بتعويض الضرر الذى أصاب المضرور ، ولم يكن الطاعنان طرفا فى هذا التعاقد ، وعلى قيام التضامن بين الطاعنين وبين الوزارة دون ان يسجل عليهما وقوع اى خطأ شخصى من جانبهما ويبين ماهيته ونوعه ، فان الحكم يكون قد بنى قضاءه بمسئولية الطاعنين على اساس فاسد : نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٥٢ ص ١٠٢٢ .

(١) أما فى فرنسا فلا يوجد نص عام يقابل نص المادة ١٦٩ مدنى مصرى ولكن يوجد نص فى التقنين الجنائى الفرنسى (م ٥٥) يقضى بالتضامن فى الغرامه والرد والتعويض والمصروفات المحكوم بها على عدة اشخاص ادينوا فى جنايه أو جنحة مشتركة . ولابد من أن يكون المحكوم عليهم قد اشتركوا جميعا فى الجناية أو الجنحة التى حكم من أجلها ، ويقوم التضامن بينهم بحكم القانون دون حاجة لذكره فى الحكم بالادانة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٢٧ ـ ٤٢٩) . يضاف الى ذلك أن هناك قاعدة تقليدية قـــديمة فى القضاء الفرنسى تقضى بقيام التضامن بين الاشخاص الذين يشتركون فى ارتكاب عمل غير مشروع ، سواء كان هذا العمل جريمة جنائية أو مجرد خطأ مدنى . وتهبط جدور هده القاعدة التقليدية الى اغوار بعيدة من الماضى السحيق، اذ يرجع عهدها الى القانون الرومانى فى مبادئه الخاصة بالغش والاكراه . فقد كانت هذه المبادىء تقضى بأنه اذا اشترك عدة أشخاص فى ارتكاب احدى هاتين الجريمتين ، كان كل منهم مسئولا عن تعويض كل الضرر الناجم عن هذا العمل ، اذ لا يخفف من مسئولية الشخص عن خطأه أن غيره أخطأ معه. ولكن اذا قام أحد الشركاء بتعويض الضرر برئت ذمة الاخرين من الالتزام بالتعويض ، اذ لم يعد هناك ضرر يستوجب ان يعوض عنه . وانتقلت هـــذه القاعدة من القانون الرومانى الى القانون الفرنسى القديم ، وبقيت قاعـــدة من قواعده الثابتة (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٦٨) . وبالرغم من أن المادة ٥٥ من التقنين الجنائى الفرنسى لم تقم التضامن الا فى حالة الحكم على شركاء فى جناية أو جنحة ، فخرج من نطاقها الاشتراك فى خطأ مدنى بل والاشتراك فى جناية أو جنحة فخرج من نطاقها الاشتراك فى خطأ مدنى بل والاشتراك بقى مع ذلك يعمم القاعدة التى انتقلت اليه من القانون الفرنسى القديم ، فيقضى بالتضامن فى جميع الأحوال التى يشترك فيها عدة أشخاص فى ارتكاب خطأ ، سواء كان هذا الخطأ جنائيا أو كان خطأ مدنيا تقصيريا . ويقصر القاعدة التى تقضى بان التضامن لا يفترض على نطاق الالتزامات التعاقدية، ويتلمس النص القانونى الذى يعوزه لاقامة التضامن فى المادة ٥٥ من التقنين الجنائى عن طريق القياس . وتنقل القضاء الفرنسى فى تأصيل قاعدته ــ وهى تقضى بمسئولية أى من الشركاء فى العمل غير المشروع عن تعويض كـــل =

فى المسئولية التقصيرية بموجب النص المتقدم الذكر أقوى من افتراضه فى خصوص العقد اذا قام التضامن فيه على نص فى القانون ، ذلك أن افتراضه فى العقد بموجب نص لايمنع من جواز الاتفاق على استبعاده ، اذ لا يعتبر التضامن هنا من النظام العام . فيجوز اذن أن يشترط فى عقد المقاولة الا يكون المهندس المعمارى والمقاول متضامنين فى المسئولية ، وفى عقد الوكالة الا يكون الوكلاء المتعددون أو الوكيل ونائبه أو الموكلون المتعددون متضامنين فى المسئولية . أما التضامن فى المسئولية التقصيرية فهو من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه[1] .

وقد سبق أن عالجنا التضامن فى المسئولية التقصيرية [2] ، فنجتزىء هنا بالاشارة الى أنه حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين عن عمل غير مشروع يجب أن تتوافر شروط ثلاثة : ١ — أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ . ٢ — وأن يكون الخطأ الذى ارتكبه كل منهم سببا فى احداث الضرر . ٣ — وأن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم بخطأه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون ، أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد[3] . ولا يلزم بعد ذلك

= الضرر — من فكرة الالتزام غير القابل للانقسام الى فكرة التضامن ، ثم من فكرة التضامن الى فكرة التضامم (أنظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٩ — فقرة ١٠٧٠) — وانظر فى انقسام الفقه الفرنسى فى هذه المسالة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٠١ — فقرة ١٣٠٢ .

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤٧ — فقرة ٢٤٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٩٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٣٠ .

(٢) أنظر الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٠ : وقد ذكرنا بنوع خاص أن التضامن فى المسئولية التقصيرية كان مقررا أيضا بنص فى التقنين المدنى السابق ، وانه يقوم دون حاجة الى ذكره فى الحكم (الوسيط جزء أول طبعة ثالثة المجلد الثانى ص ١٢٧٩ هامش رقم ٢) ، وأن المسئولية تضامنية فى القانون المصرى بخلاف القانون الفرنسى فهى مسئولية تضاممية الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الثانى ص ١٢٨٣ هامش رقم ١) .

(٣) فاذا سرق أحد اللصوص عجلة السيارة ، ثم جاء لص اخر فسرق بعض الالات لم يكن اللصان متضامنين ، لان كلا منهما أحدث بخطأه ضررا =

أن يكون هناك تواطؤ مابين المسئولين ، أو أن ترتكب الأخطاء فى وقت واحد(1) • ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملا واحدا أو جريمة واحدة(2) ، فقد يكون أحدهما عمدا والآخر غير عمد ، وقد تختلف جسامة الأخطاء فيقترن خطأ جسيم بخطأ يسير ، وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائيا ويكون الثانى مدنيا ، أو يكون أحدهما عملا ويكون الآخر امتناعا عن عمل(3) • وقد تكون الأخطاء كلها ثابتة أو مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتا وبعضها مفترضا •

ومتى تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع على هذا النحو ، كانوا جميعا متضامنين فى المسئولية ، فيستطيع المضرور أن يطالبهم جميعا بالتعويض ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء ويطالبه بالتعويض كاملا • ويرجع من دفع التعويض على الباقى ، كل بقدر نصيبه حسب جسامة الخطأ الصادر منه(4) • فان تعادلت الأخطاء فى الجسامة ، أو لم يمكن تعيين مقدار الجسامة فى كل خطأ ، كان نصيب

= غير الضرر الذى احدثه الاخر (الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الثانى ص ١٢٩١) •

(1) فاذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقبا ثم ذهب ليستحضر ما يستعين به على السرقة ، فاتى لص اخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل ، فان اللصين يكونان مسئولين بالتضامن (الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الثانى ص ١٢٩١ •

(2) فقد يكون أحد الخطأين سرقة والخطأ الآخر اخفاء لاشياء مسروقة ، أو يكون الخطأ الاول جناية قتل والخطأ الآخر جنحة ضرب (انظر فى قضاء محكمة النقض فى هذه المسائل الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الثانى ص ١٢٩١ هامش رقم ١) •

(3) مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحا ، فيدخل اللص ويسرق المنزل • ففى هذه الحالة يكون اللص والخادم متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد وأحدهما جنائى والآخر مدنى ، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل (الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الثانى ص ١٢٩٤) •

(4) وقد يكون أحد المسئولين هو الذى يتحمل التعويض كله فى النهاية ، كما اذا اختل اساس منزل الجار من جراء هدم جاره لمنزله واعادة بنائه ، فللجار المضرور فى هذه الحالة الرجوع على جاره والمقاول متضامنين بسبب العمل غير المشروع ، ثم يرجع الجار على المقاول اذا كان بينهما اتفاق على =

كل منهم فى التعويض مساويا لنصيب الآخر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى(١) .

ويلحق بالتضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع تضامن المحكوم عليهم فى الغرامات النسبية التى حكم عليهم بها ، وان كانت الغرامة تختلف عن التعويض فى أنها عقوبة ، ولكنها عقوبة مالية ، وفى هذه الصفة المالية وفى أنها جزاء على عمل غير مشروع تتلاقى مع التعويض . وقد نصت المادة ٤٤ من تقنين العقوبات على أنه « اذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد بجريمة واحدة ، فاعلين كانوا أو شركاء، فالغرامات يحكم بها على كل منهم على انفراده ، خلافا للغرامات النسبية فانهم يكونون متضامنين فى الالزام بها ، مالم ينص الحكم على خلاف ذلك » . والأصل فى العقوبات أن تكون شخصية لا تضامن فيها ، والغرامة عقوبة وكان ينبغى أن تكون شخصية ، ولكن المشرع هنا خرج على هذا المبدأ العام فقارب بين الغرامة والتعويض ، وأجاز التضامن فى الغرامة فى حالة معينة هى أن تكون هذه الغرامة نسبية . والغرامة النسبية غرامة لا يعين المشرع مقدارا محددا لها ، بل يجعلها تناسب ما حصل عليه الجانى من الجريمة التى ارتكبها ، وأكثر ما تكون عقوبة تكميلية . نصت المادة ١٠٨/١ عقوبات على أن « من رشا موظفا والموظف الذى يرتشى ومن يتوسط بين الراشى والمرتشى يعاقبون بالسجن ، ويحكم على كل منهم بغرامة تساوى قيمة ما أعطى

= أن يتحمل المقاول المسئولية وحده (استئناف مختلط ٣١ اكتوبر سنة ١٩٢٩ — ٤٢ ص ٩) .

(١) استئناف مختلط ٢٢ ابريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ — على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت فى بعض أحكامها بأن المتبوع مسئول مع التابع مسئولية تضامية لا مسئولية تضامنية (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٧٥) .

وقد قضت محكمة النقض ان الاصل فى المسئولية التضامنية عن العمل الضار ان تقسم على المسئولين فى احداث الضرر الى حصص متساوية بين الجميع أو بنسبة خطأ كل منهم : نقض مدنى فى ٣ ابريل سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٠٢ ص ٧١٩ .

أو وعد به » • ونصت المادة ١١٢ عقوبات على أن « كل من تجارى من مأورى التحصيل أو المندوبين له أو الأمناء على الودائع أو الصيارفة المنوطين بحساب نقود أو أمتعة على اختلاس أو اخفاء شىء من الاموال الأميرية أو الخصوصية التى فى عهدته ، أو من الأوراق الجارية مجرى النقود ، أو غيرها من الاوراق والسندات والعقود ، أو اختلس شيئا من الأمتعة المسلمة اليه بسبب وظيفته ، يحكم عليه فضلا عن رد ما اختلسه بدفع غرامة مساوية لقيمة ذلك ، ويعاقب بالسجن » • ومع ذلك قد تكون الغرامة النسبية عقوبة أصلية ، فقد نصت المادة ٢٠٤ عقوبات ، فى حالة من يأخذ مسكوكات مزورة أو مغشوشة بصفة أنها جيدة ويتعامل بها ، على ما يأتى : « ومع ذلك من استعمل تلك المسكوكات بعد أن تحققت له عيوبها يجازى بدفع غرامة لا تتجاوز ستة أمثال المسكوكات المتعامل بها » • فاذا تعدد المحكوم عليهم فى احدى الجرائم المتقدمة الذكر ، كانوا جميعا متضامنين فى الغرامة المحكوم بها ، الا اذا نص فى حكم الادانة على تقسيم الغرامة فيما بينهم دون تضامن • والنص على التقسيم جوازى للقاضى ، فان لم ينص عليه كان التضامن قائما بين المحكوم عليهم بحكم القانون • الا أنه يلاحظ فى جريمة الرشوة أنه يتعين على القاضى أن يحكم على كل من المرتشى والراشى والوسيط بغرامة تساوى قيمة الرشوة ، فهنا التضامن اجبارى من جهة ، ومن جهة أخرى لا تنقسم الغرامة الواحدة على المحكوم عليهم بل كل منهم يدفع الغرامة كاملة ولايرجع بشىء منها على أحد من شركائه •

١٧٣ — التزامات مدنية مصدرها الاثراء بلا سبب : وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ مدنى على ما يأتى : « واذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين فى المسئولية » • وهذا التضامن نظير للتضامن الذى قررته المادة ١/٧٠٧ اذا تعدد الوكلاء فيما مر ، والفضولى أقرب ما يكون الى الوكيل • وعلى الفضولى التزامات أربعة : المضى فى العمل الذى بدأ به ، واخطار رب

العمل بتدخله بمجرد أن يستطيع ذلك ، وبذل عناية الشخص المعتاد فى القيام بالعمل ، وتقديم حساب لرب العمل مع رد ما استولى عليه بسبب الفضالة . وأغلب هذه الالتزامات مصدرها القانون ، بناها على عمل مادى صدر من الفضولى (١) ولكن يوجد بين هذه الالتزامات التزام — هو رد الفضولى لما استولى عليه بسبب الفضالة — يمكن القول بأن مصدره هو الاثراء بلا سبب . ففى هذا الالتزام لو تعدد الفضولى يقوم التضامن بين الفضوليين المتعددين بموجب النص المتقدم الذكر . وفى الالتزامات الأخرى التى مصدرها القانون يقوم التضامن بين الفضوليين المتعددين بموجب النص نفسه (٢) ، وهذه أمثلة على الالتزامات المدنية التى مصدرها القانون تضاف الى أمثلة أخرى سنوردها فيما يلى .

وتنص المادة ٧٩٥ مدنى على أنه « فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين » والكفالة القانونية هى ما ينص القانون على وجوب تقديمها ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢٨٩ من تقنين المرافعات من أن « النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للاحكام الصادرة فى المواد التجارية ، سواء أكانت قابلة للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين وذلك بشرط تقديم كفالة » . والكفالة القضائية هى ما يجعل القانون للقاضى جواز أن يحكم بها ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢٩٠ من تقنين المرافعات من أنه « يجوز الامر بالنفاذ المعجل ، بكفالة أو بغير كفالة ، فى الاحوال الآتية :

١ — الاحكام الصادرة باداء النفقات والاجور والمرتبات ،

٢ — اذا كان الحكم قد صدر تنفيذا لحكم سابق حائز لقوة الامر المقضى

---

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٨٧٧ .

(٢) ويلاحظ ان القانون لم ينص على تضامن أرباب العمل اذا تعددوا كما نص على تضامن الموكلين عند التعدد فى المادة ٧١٢ مدنى . والسبب فى ذلك أن الموكلين قد جمعهم عقد واحد فالتضامن بينهم مستساغ ، أما أرباب العمل فلم تجمعهم رابطة الا عمل الفضولى نفسه فقل أن توجد بينهم رابطة تسوغ قيام التضامن (الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الثانى فقرة ٨٩٧ص ١٧٦١) .

أو مشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة أو كان مبنيا على سند رسمي لم يطعن فيه بالتزوير وذلك متى كان المحكوم عليه خصما في الحكم السابق أو طرفا في السند • ٣ — اذا كان المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام ٤ — اذا كان الحكم مبنيا على سند عرفي لم يجحده المحكوم عليه ٥ — اذا كان الحكم صادرا لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به ٦ — اذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له • » • فالمادة ٧٩٥ مدني سالفة الذكر ، في كل من الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، نصت على تضامن الكفيل مع المكفول (أي طالب التنفيذ) وعلى تضامن الكفلاء فيما بينهم اذا تعددوا • وظاهر أن مصدر الالتزام بتقديم الكفيل ، قانونيا كان أو قضائيا ، هو القانون • أما مصدر التزام الكفيل نفسه فهو عقد كفالة بينه وبين المكفول له أي الخصم المحكوم عليه لصالح الخصم طالب التنفيذ • وأما ماتضامن فيه الكفيل مع المكفول ومع الكفلاء الآخرين اذا تعددوا فهو التزام برد ما استولى عليه المكفول عن طريق الحكم المشمول بالنفاذ المعجل فيما اذا ألغى هذا الحكم ، ومصدر هذا الالتزام هو الاثراء بلا سبب •

١٧٣ — التزامات مدنية مصدرها القانون : نضيف الى التزامات الفضولي التي مصدرها القانون فيما قدمناه التزام المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى • فقد نصت المادة ١٨٤ من تقنين المرافعات على أن « يجب على المحكمة عند اصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة امامها أن تحكم من تلقاء نفسها في مصاريف الدعوى ويحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، ويدخل في حساب المصاريف مقابل أتعاب المحاماة • واذا تعدد المحكوم عليهم ، جاز الحكم بقسمة المصاريف بينهم بالتساوي أو بنسبة مصلحة كل منهم في الدعوى على حسب ماتقدره المحكمة ، ولايلزمون بالتضامن في المصاريف الا اذا كانوا متضامنين في أصل التزامهم المقضي فيه » • فهنا التزم المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى بموجب نص في القانون هو النص الذي

ذكرناه ، وقد أوجب هذا النص ذاته تضامن المحكوم عليهم بالمصروفات اذا تعددوا فى حالة واحدة هى أن يكونوا متضامنين فى أصل التزامهم المقضى به ، فمتى كانوا متضامنين فى هذا الالتزام كانوا أيضا متضامنين فى مصروفات الدعوى التى قضى فيها عليهم بوفاء التزامهم (١) . وفى غير هذه الحالة تنقسم المصروفات عليهم دون تضامن ، كل بنسبة مصلحته فى الدعوى حسب تقدير المحكمة أو بالتساوى فيما بينهم(٢) .

١٧٤ — التزامات تجارية وبحرية : وهناك التزامات نص فيها التقنين التجارى والتقنين البحرى على قيام التضامن بين المدينين .

ففى الشركات نصت المادة ٢٢ من التقنين التجارى على أن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان المادة ٢٣٣ من تقنين المرافعات القديم (م ١٥٨ اثبات) اذ نصت على أن تقدير اجر الخبير يكون نافذا على الخصم الذى طلب تعيين أهل الخبرة ، ومن بعد صدور الحكم فى الدعوى يكون نافذا أيضا على من حكم عليه بالمصروفات ، فانها لاتلزم المحكوم له فى الدعوى باتعاب الخبير بالتضامن مع المحكوم عليه بالمصروفات (نقض مدنى ٢٤فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص ٢٦٥) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بان الخصم الذى طلب تعيين الخبير والخصم المحكوم عليه باتعاب الخبير يكونان متضامنين (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥٩) .

وفى فرنسا يقوم التضامن فى المصروفات الجنائية طبقا للمادة ٥٥ من التقنين الجنائى الفرنسى ، اما فى المواد المدنية فلا يقوم التضامن فى المصروفات الا اذا حكم بها جميعا على كل من المحكوم عليهم كجزء من التعويض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٣) .

(٢) ويوجد مثل آخر للتضامن فى التزام قانونى ، فقد نصت المادة ٥٩ من قانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ (الخاص بضريبة ايرادات رؤوس الأموال المنقولة والأرباح التجارية والصناعية وكسب العمل) على أنه « يجب عند التنازل عن كل أو بعض المنشآت تبليغ مصلحة الضرائب عن هذا التنازل فى مدى ستين يوما من تاريخ حصوله ، ويكون كل من المتنازل والمتنازل له مسئولا بالتضامن عما يستحق من ضرائب على المنشأة المتنازل عنها الى تاريخ التنازل » (انظر الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٨) .

« الشركاء فى شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتهـا ، ولـو لم يحصل وضع الامضاء عليها الا من أحدهم ، انما يشترط أن يكون هـذا الامضاء بعنوان الشركة » • فهنا نص القانون على أن الشركاء فى شركة التضامن مسئولون بالتضامن فى أموالهم الشخصية عن جميع التزامات الشركة (١) • ونصـت المادة ٢٣ تجارى على أن « شركة التوصـية هى الشركة التى تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين ومتضامنين وبين شريك واحد أو أكثر يكونو أصحاب أموال فيها وخارجين عن الادارة ويسمون موصين » • ونصت المادة ٢٩ تجارى على أنه « اذا أذن أحد الشركاء الموصين بدخول اسمه فى عنوان الشركة ، خلافا لما هو منصوص عليه فى المادة ٢٦ فيكون ملزوما على وجه التضامن بجميع ديون وتعهدات الشركة » • ففى شركة التوصية اذن يوجـد شركـاء مسئولون بالتضامن عن جميع ديون الشركة ، ويدخل فى هؤلاء الشركاء الموصون اذا أذنوا بدخـول أسمائهم فى عنـوان الشركة • وتضيف المادة ٣٠ تجارى حالة أخرى يكون فيها الشركاء الموصون مسئولين بالتضامن عن ديون الشركة فتقول : « وكذلك اذا عمل أى واحـد من الشركاء الموصين عملا متعلقا بادارة الشركة يكون ملزوما على وجـه التضامن بديون الشركة وتعهداتها التى تنتج من العمل الذى أجراه • ويجوز أن يلزم الشريك المذكور على وجه التضامن بجميـع تعهدات الشركة أو بعضها على حسب عدد وجسامة أعماله ، وعلى حسب ائتمان الغير له بسبب تلك الأعمال » • ونصت المادة ٥٧ تجارى على أن « يلزم اعلان المشارطة الابتدائية لشركة المسـاهمة ونظامهـا والامر المرخص بايجادها ، ويكون اعلان ذلك بتعليقه فى المحكمة الابتدائية مدة الوقت

---

(١) وهناك من يذهب الى أن دائن الشركة يرجع بجميع حقه على الشركة أو على أى من الشركاء فى ماله الخـاص • فالشركة والشركاء متضامنون جميعـا فى ديون الشركة • وهناك من يذهب الى ان الدائن لايرجع على اى من الشركاء فى ماله الخاص قبل أن يحصـل على حكم بالدين على الشركة ذاتها ، وهذا الحكم يمكن تنفيذه على أموال الشركة وعلى أموال كل مـن الشركاء • وهناك أخيرا من يذهب الى أن الدائن لا يستطيع الرجوع على أحد =

المعين آنفا ونشره فى احدى الجرائد • وان لم يحصل ذلك ألزم مديرو الشركة بديونها على وجه التضامن ، ووجب عليهم التعويضات أيضا » • فهذه حالة نص فيها القانون على تضامن مديرى الشركة المساهمة فى المسئولية عن ديونها اذا وقع منهم تقصير فى واجبهم من اعلان عقد الشركة ونظامها والأمر المرخص بايجادها • هذا ويلاحظ أن الشركة المدنية لاتضامن بين الشركاء فيها فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ٥٢٤/١ مدنى) •

وفى الكمبيالات تنص المادة ١١٧ من التقنين التجارى (١) على مايأتى : ساحب « الكمبيالة والمحيلون المتناقلون لها يكونون مسئولين على وجه التضامن عن القبول والدفع فى ميعاد الأستحقاق » • فهذا نص فى القانون يقيم التضامن بين ساحب الكمبيالة والمحيلين المتعاقبين لها فى مسئوليتهم عن قبول المسحوب عليه للكمبيالة وعن دفعه اياها فى ميعاد الاستحقاق • فاذا لم يقبل المسحوب عليه الكمبيالة ، وأعلن بروتستو عدم القبول رسميا ، « وجب — كما تقول المادة ١١٩ تجارى — على المحيلين المتناقلين والساحب على وجه التعاقب أن يقدموا كفيلا ضامنا لدفع قيمة الكمبيالة فى الميعاد المستحق فيه الدفع أو يدفعوا قيمتها مع مصاريف البروتستو ومصاريف الرجوع ، ولايكون الكفيل متضامنا الا مع من كفله سواء كان الساحب أو المحيل » • ثم ان المادة ١٣٧ تجارى تنص أيضا على أن « ساحب الكمبيالة وقابلها

= من الشركاء قبل الرجوع على الشركة ذاتها أو فى القليل اعذارها ، اذ الشركاء متضامنون فيما بينهم ولكنهم غير متضامنين مع الشركة بل يعتبرون فى حكم الكفلاء لها •

وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك المتضامن يسال فى أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة ، فيكون مدينا متضامنا مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتا فى ذمة الشركة وحدها ، ومن ثم يكون للدائن مطالبته على حده بكل الدين : نقض مدنى فى ٧ يونية سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٤٥ ص ١٢٨٥ •

(١) وانظر أيضا المادة ١٨٩ تجارى بالنسبة الى السندات تحت الاذن أو التى لحاملها •

ومحليها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن (١) » .

وفى الافلاس نصت المادة ٢٥٤ تجارى على أن وكلاء الدائنين (أى السنديك اذا تعدد) متضامنون فيما يتعلق باجراءات ادارتهم » .

وفى بيع السفينة نصت المادة ١/٢٣ من التقنين البحرى على أنه « يجب على الراسى عليه مزاد السفينة من أية حمولة كانت أن يدفع فى ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت مرسى المزاد ثلث الثمن الذى رسا به المزاد عليه أو يسلمه الى صندوق المحكمة ، ويؤدى كفيلا معتمدا بالثلثين يكون له محل بالقطر المصرى ويضع امضاءه مع المكفول على السند ، ويكونان ملزمين على وجه التضامن بدفع الثلثين المذكورين فى ميعاد أحد عشر يوما من مرسى المزاد (٢) » .

---

(١) انظر أيضا المادة ١٣٩ تجارى وتجعل الضامن ضمانا احتياطيا (avale) مسئولا على وجه التضامن .

(٢) هذا وقد وردت نصوص أخرى تقيم التضامن بين المدينين المتعددين فى مسائل متفرقة ، كالنصوص التى وردت فى خصوص الخسارة البحرية ، وفى بيع المحل التجارى ، وفى قانون العمل الفردى ، وفى قانون اصابات العمل .

وورثة المدين لا يكونون متضامنين فى القانون الفرنسى ، بل ينقسم الدين عليهم ، أما فى القانون الألمانى فهم متضامنون (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٠) . وفى مصر ، وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، تكون التركة مسئولة عن جميع الديون ، بل لا تركة الا بعد سداد الدين ، ومن ثم يبقى كل جزء من التركة مسئولا عن كل الدين . الا انه اذا خضعت التركة لاجراءات التصفية المنصوص عليها فى المواد ٨٧٦ ـ ٩١٣ مدنى ، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة على الورثة مع ترتيب تأمينات كافية ورد ذكرها فى المادة ٨٩٥ من التقنين المدنى .

المطلب الثـالث

وحدة المحل وتعدد الروابط ـ الالتزام التضامني (Obligation in solidum)

١٧٥ ـ **وحدة المحل وتعدد الروابط** : والتضـامن بين المـدينين ، كالتضامن بين الدائنين ، يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحـد المحل ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (١) •

فتعدد المدينين من شأنه أن يجعل الروابط متعددة ، فالدائن يرتبط بكل مدين بموجب رابطة مستقلة عن الروابط التي تربطه بالمدينـين الآخرين • ومظاهر التعدد في روابط المدينين بالدائن في التضامن السلبي هي نفس مظاهرها في روابط الدائنين بالمدين في التضامن الايجابي ،على ما مر • ويترتب على ذلك :

١ ـ يجوز أن تكون احدى هذه الروابط موصوفة والأخرى بسيطة، كما يجوز أن يلحق احدى الروابط وصـف ويلحق رابطة أخرى وصـف آخر • ومن ثم يصح أن يكون أحد المدينين المتضامنين مدينا تحت شرط والآخر التزامه منجز أو مضاف الى أجل • فلا يطالب الدائن المـدين تحت شرط الا عند تحقق الشرط . ولا المدين المؤجل دينه الا عند حلول الأجل ، ويطالب فورا من كان دينه منجزا • والى هذا تشير الفقـرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدني اذ تقول : « يجوز للدائن مطالبة المدينـين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى في ذلك ما يلحـق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » • ويجوز أيضا ، على

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٢٨ ـ وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « ويناط تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبي والايجابي على حد سواء بفكرتين استنبطهما الفقه . هما فكرة وحدة الدين وفكرة تعدد الروابط . فلكل مدين متضامن ان يوفي الدين بأسره ويكون وفاؤه هذا مبرئا لذمة الباقين • وعلى هذا النحو لا يكون من حق الدائن أن يطالب بالوفاء بكل الدين فحسب ، بل ويكون واجبه كذلك ان يقبل أداءه ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك في التضامن الايجابي » (مجمـوعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٦) •

هذا النحو ، أن يكون مكان الأداء لأحد المدينين غير مكان الأداء للمدينين الآخـــرين[1] .

٢ ــ ويجوز أن يشوب احدى الروابط عيب فى الارادة أو نقص فى الاهلية وتكون الروابط الاخرى غير مشوبة بشىء من ذلك ، كما يجــوز أن تكون احدى الروابط باطلة والروابط الأخرى صحيحة ، أو يكــون بعضها باطلا وبعضها قابلا للابطال وبعضها صحيحا . فكل رابطــة من الروابط المتعددة تستقل بعيوبها . ثم ان بعض الروابط قد يكون قابــلا للفســخ ، وبعض آخر لا يقبل الفسخ .

٣ ــ ويجوز أخيرا أن تنقضى احدى الروابط دون أن تنقضى الروابط الأخرى . وسنرى ذلك فى أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء ، فتنقضى احدى الروابط بالمقاصة مثلا مع بقاء الروابط الأخرى قائمة .

ولكن لما كان المدينون جميعا متضامنين فى دين واحد ، فانه بالرغم من تعدد روابطهم مع الدائن يكون الالتزام موحد المحــــل ، فالروابط متعددة والمحل واحد ، ووحدة المحل هذه هى التى تحتفظ للالتـــــزام بوحدته رغما من تعدد المدينين ، والا لانقسم الدين على هؤلاء المدينين ولكان التزاما متعدد الأطراف (obligation conjointe) من ناحية المدين كما سبق القول . وتعدد الروابط ووحــدة المحــل فى التضــامن السلبى هما ، كما فى التضامن الايجابى ، المحور الذى تدور عليه جميع أحكام التضامن كما سنرى .

١٧٦ ــ الالتــزام التضــامنى[2] (Obligation in solidum) : واذا كان الالتزام التضامنى (Obligation in solidum) متعدد الروابط ولكنه موحد المحل ، فانــه أيضــا موحــد المصـــدر . فاذا كان التضامن

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٦ ص ٤٤٥ .

(٢) سميناه فى الجزء الاول من الوسيط « المسئولية المجتمعة » ، ونؤثر الآن أن نسميه « الالتزام التضامنى (Obligation in solidum) » لنقابل به « الإلتزام (obligation solidaire)

مصدره الاتفاق ، فان الالتزام التضامنى الذى يجمع مابين المدينين المتضامنين هو التزام محله واحد وهو الدين ، ومصدره واحد وهو العقد • واذا كان التضامن مصدره نص فى القانون ، كما فى التزام الوكلاء المتعددين أو الالتزام عن عمل غير مشروع ، فان مصدر الالتزام التضامنى هو عقد وكالة واحد أو عمل غير مشروع صدر من أشخاص متعددين فأحدث ضررا واحدا (١) •

ولكن قد يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحدا • مثل ذلك مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنى من أنه « اذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » • فهنا وجد كفلاء متعددون ، وكل منهم قد التزم فى عقد مستقل بكفالة دين واحد ، فالروابط التى تربط الكفلاء المتعددين بالدائن روابط متعددة اذ كل كفيل منهم تربطه بالدائن رابطة مستقلة ، ومصدر التزام كل كفيل هو أيضا متعدد اذ التزم الكفلاء بعقود متوالية ، ولكن الدين الذى التزم كل بأدائه هو دين واحد : الروابط اذن متعددة ، والمصدر متعدد ، والمحل واحد • فلا يكون هؤلاء الكفلاء ملتزمين بطريق التضامن ، لأن التضامن يقتضى أن يكون المصدر واحدا لا متعددا كما قدمنا • ولكن لما كان كل منهم ملزما بنفس الدين ، فقد تضامت ذممهم جميعا فى هذا الدين الواحد دون أن تتضامن ، فالالتزام يكون التزاما تضامميا لا التزاما تضامنيا (obligation solidaire) (٢) •

---

(١) وقد رأينا فيما يتعلق بالعمل غير المشروع أنه قد يتعدد الخطأ ، ولكن مادام الضرر يجب أن يكون واحدا والضرر هو أحد أركان المسئولية التقصيرية ، فوحدة الضرر قد تتغلب على تعدد الخطأ فيتوحد المصدر وتكون المسئولية تضامنية اذا وجد نص فى القانون يقضى بالتضامن ، كما فعل التقنين المدنى المصرى (م ١٦٩) وقد يتغلب تعدد الخطأ على وحدة الضرر فيتعدد المصدر وتكون المسئولية تضاممية مادام لا يوجدنص فى القانون يقضى بالتضامن • كما هى الحال فى القانون الفرنسى •

(٢) بدأ الفقه فى فرنسا بالتمييز بين التضامن الكامل (solidarité parfaite) والتضامن الناقص (solidarité imparfaite) وانقسم الفقهاء فى تحديد فيصل =

والذى يميز الالتزام التضاممى عن الالتزام التضامنى أن المدينين المتضامين فى الالتزام الأول لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامنين فى الالتزام الثانى • ذلك أن التضامن يقتضى كما قدمنا وحدة المصدر ، ووحدة المصدر هذه هى التى تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين • أما فى الالتزام التضاممى

= التفرقة بين هذين النوعين من التضامن بين رأيين : ١ ـ رأى قال به مورلون (Mourlon) اذ ذهب الى أن التضامن يكون كاملا اذا وجدت بين المدينين المتضامنين مصلحة مشتركة بحيث يمكن أن يمثل كل منهم الاخرين • أما اذا كان المدينون المتضامنون لا توجد بينهم مصلحة مشتركة ولا يعرف بعضهم بعضا ولا يمكن القول بأن كلا منهم يمثل الآخرين ، فالتضامن فى هذه الحالة يكون ناقصا (مورلون ٢ فقرة ١٢٦٠) • ٢ ـ ورأى قال به أوبرى ورو ، اذ ذهبا الى أن هناك نصوصا تقيم التضامن مباشرة بين المدينين وهذا هو التضامن الكامل ، وهناك نصوص تقتصر على أن تجعل للدائن الحق فى أن يطالب مدينين متعددين بدين واحد وهذا هو التضامن الناقص (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثا ص ٣١ ـ ص ٣٥ وتعليق بارتان فى هامش رقم ٦) •

ولكن ما لبث الفقه الفرنسى أن هجر هذا التمييز بين تضامن كامل وتضامن ناقص • اذ لا يوجد الا نوع واحد من التضامن هو التضامن الكامل • أما ما يسمى بالتضامن الناقص فليس نوعا اخر من التضامن ، بل هو نظام قانونى مستقل كل الاستقلال عن نظام التضامن (solidarité) وتمكن تسميته بنظام التضامم (in solidum) ونظام التضامن يقوم على الاتفاق أو نص القانون • أما نظام التضامم فيقوم على طبيعة الأشياء ، حيث يجعل القانون مدينين متعددين مسئولين عن دين واحد نحو دائن واحد ، فيكون هؤلاء المدينون متضامين فى هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم • وليس الالتزام التضاممى هو فى الأصل التزام تضامنى نزل درجة بعد أن استبعدت منه فكرة النيابة التبادلية ، بل ان للالتزام التضامنى منطقة خاصة بهوللالتزام التضاممى منطقة أخرى لا تتلاقى مع المنطقة الأولى • والنظامان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وليس الثانى مشتقا من الأول • واذا كانت المصلحة المشتركة بين المدينين المتعددين منعدمة فى نظام التضامم ، فذلك راجع الى أنه لا توجد رابطة تربط ما بين هؤلاء المدينين ، وكل ما يجمع بينهم أن كلا منهم مسئول عن نفس الدين نحو نفس الدائن (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٩٦ ـ بلانيول وريبير وجابيولد ٧ فقرة ١٠٨٩ ـ بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٤٧ وما بعدها ـ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٨٤ جوسران ٢ فقرة ٧٧١) • ويثور دى باج على فكرة الالتزام التضاممى ثورة عنيفة (انظر دى باج ٣ فقرة ٣٣٠) ، بينما يدافع عنها دريدا (Derrida) دفاعا قويا (انظر انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ (solidarité) فقرة ١٣١ ـ فقرة ١٥٧) •

فالمصدر متعدد ، فلا محل اذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامين (١) • وفى المثل المتقدم التزم كل كفيل بعقد مستقل ، فلم تكن هناك مصلحة مشتركة ما بين هؤلاء الكفلاء المتعددين ، وانما يجمعهم كلهم دين واحد ، فكل منهم ملتزم بأدائه (٢) •

ولهذا التمييز أهمية كبيرة فى تعيين الآثار التى تترتب على التضامم فى الالتزام وتلك التى تترتب على التضامن فيه • أما الآثار التى تترتب على التضامم فتقتصر على ما تقتضيه طبيعة الموقف ، اذ كل من المدينين مدين بنفس الدين وبكل الدين • فيترتب على ذلك بداهة أن الدائن يستطيع أن يطالب أى مدين منهم بكل الدين ؛ واذا هو استوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين (٣) • كذلك يستطيع أى مدين منهم أن يوفى الدائن كل الدين ، فتبرأ بذلك ذمة الآخرين • أما فيما يتعلق برجوع المدينين المتضامنين بعضهم على بعض ، فهذا يتوقف على ما بينهم من

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد اعتبر شركة التأمين الطاعنة ملتزمة بالتعويض بموجب عقد التأمين بينما الشركة المطعون ضدها الثانية ملزمة به نتيجة الفعل الضار فانهما يكونان ملتزمين بدين واحد له مصدران مختلفان ، ومن ثم تتضامم ذمتهما فى هذا الدين دون أن تتضامن اذ ان الالتزام التضامنى يقتضى وحده المصدر : نقض مرنى فى ١٧ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٤٦ ص ٣٢٩ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مقتضى التضامم نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحدا ، انه يجوز للدائن ان يطالب أى مدين بكل الدين ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين اخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ولانه انما دفع عن نفسه : نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٥٩ ص ١٧١٧ •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان الحكم قد اعتبر الطاعنة بمقتضى الاقرار الموقع منها والذى تعهدت فيه بسداد جميع دين البنك قبل زوجها ، مدينه منضمه الى زوجها المدين الأصلى ورتب على ذلك جواز مطالبه البنك الدائن لأى منهما بكل الدين ، فان هذا الذى قرره الحكم لاخطأ فيه اذ ليس فى القانون ما يمنع من مسئولية مدينين متعددين عن دين واحد فيكون هؤلاء المدينين متضاممين فى هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم ويكون كل منهما مسئولا عن كل الدين ويستطيع الدائن التنفيذ به كله قبل ايهما : نقض مدنى فى ٢١ مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٨٥ ص ٥٦٩ •

علاقة . فالكفلاء الذين كفلوا مدينا واحدا بعقود متوالية ، اذا وفى أحدهم الدين كله للدائن برئت ذمة الكفلاء الآخرين من هذا الدين نحو الدائن ، ولكن يجوز للكفيل الذى دفع الدين أن يرجع بدعوى الحلول عليهم ليطالب كلا منهم بحصته فى الدين ، كما يجوز له أن يرجع بكل الدين على المدين الأصلى . أما اذا وفى المدين الدين لدائنه فانه لايرجع على أحد من الكفلاء ، لأنه انما دفع دين نفسه .

والاثار التى تترتب على التضامن فى الالتزام ، حيث يفترض وجود المصلحة المشتركة ما بين المدينين المتضامنين ، أبعد مدى من ذلك . فسنرى أن أى مدين متضامن تمكن مطالبته بكل الدين ، واذا وفاه برئت ذمة الآخرين ، ويكون له فى الغالب حق الرجوع عليهم كل بقدر نصيبه. ولايقتصر الأمر على ذلك ، اذ أن هناك مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامنين كما قدمنا ، وهذه المصلحة هى التى تبرر مبدأ أساسيا فى التضامن يقضى بأن كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ، ولولا وجود هذه المصلحة المشتركة لما كان هناك محل لتمثيل المدينين الآخرين لا فيما يضر ولا فيما ينفع .

ومن أجل ذلك لايقوم هذا التمثيل فى الالتزام التضاممى حتى فيما ينفع ، اذ لاتوجد مصلحة مشتركة مابين المدينين المتضامين . فاذا أعذر أحد الكفلاء المتوالين الدائن ، لم يكن الدائن معذرا بالنسبة الى الكفلاء الآخرين . واذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء الكفلاء لم يستفد منه الباقون . وقل مثل ذلك فى سائر الآثار التى تدعى بالآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن ، والتى سيأتى بيانها تفصيلا فيما يلى (١):

١٧٧ ــ أمثلة للالتزام التضاممى فى القانون المصرى : وقد أوردنا مثالا واحدا للالتزام التضاممى ، هو التزام الكفلاء المتعددين بعقود متوالية ، ونعزز هذا المثال بأمثلة أخرى :

١ ــ اذا كان الدائن بالنفقة الواجبة قانونا يستطيع أن يطالب

---

(١) استئناف وطنى ١٩ اكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ١٣ .

بها مدينين متعددين ، بأن تكون النفقة واجبة قانونا على كل منهم ، فيستطاع مستحق النفقة أن يرجع بها على أيهم ، ويكون الجميع مدينين متضامنين ، لأنهم جميعا مسئولون عن دين واحد . فالمحل واحد ، ولكن الروابط متعددة ، وكذلك المصدر متعدد اذ كل من هؤلاء المدينين تربطه بالدائن رابطة من القرابة تختلف عن رابطة القرابة التى تربط الدائن بالآخرين وهذه الرابطة هى مصدر التزامه بدين النفقة .

٢ ـ قد يكون اثنان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين ، بأن يكون أحدهما مسئولا بموجب عقد ويكون الآخر مسئولا بمقتضى القانون . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠ من التقنين البحرى من أن « كل مالك لسفينة مسئول مدنيا عن أعمال قبودانها ، بمعنى أنه ملزم بدفع الخسارة الناشئة عن أى عمل من أعمال القبودان وبوفاء ما التزم به القبودان المذكور فيما يختص بالسفينة وتسفيرها » . فقد قرر هذا النص مسئولية مالك السفينة عن أعمال القبودان غير المشروعة وعن التزاماته التعاقدية فيما يختص بالسفينة وتسفيرها . أما مسئولية مالك السفينة عن أعمال القبودان غير المشروعة فهذه مسئولية المتبوع عن التابع فى نطاق المسئولية التقصيرية ، ولذلك يكون الاثنان متضامنين فى هذه المسئولية عن العمل غير المشروع وفقا لأحكام المادة ١٦٩ مدنى ، ويكون هذا مثلا للتضامن فى الالتزام لا للتضامم فيه . ولكن مسئولية مالك السفينة عما يبرمه القبودان من عقود خاصة بالسفينة وتسفيرها ، فهذه مسئولية تضاممية لا تضامنية ، لأن التضامن فى المسئولية العقدية لابد فيه من نص القانون ، والنص هنا مقصور على جعل مالك السفينة مسئولا عن وفاء ما التزم به القبودان ولم يصرح بقيام التضامن بينهما ، أى أنه اقتصر على جعل كل من المالك والقبودان مسئولا عن نفس الدين وهذا هو التضامم .

٣ ـ كذلك يقوم الالتزام التضاممى فى المسئولية العقدية عن الغير . وتتحقق هذه المسئولية اذا استخدم المدين بعقد شخصا غيره فى تنفيذ التزامه العقدى ، فيكون مسئولا مسئولية عقدية عن خطأ هذا الشخص

فى تنفيذ العقد (١) • فالمؤجر مسئول عن تنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن عقد الايجار نحو المستأجر ، وقد يعهد الى بواب بتنفيذ بعض من هذه الالتزامات • فاذا قصر البواب فى تنفيذها ، بأن أهمل مثلا فتسبب عن اهماله أن سرق المستأجر ، أو أضاع المراسلات الموجهة الى هذا المستأجر ، كان هذا خطأ يستوجب مسئولية البواب • ولما كان المؤجر مسئولا هو أيضا عن هذا الخطأ مسئولية عقدية ، فالالتزام بتعويض المستأجر فى هذه الحالة واجب على البواب بخطأه ، ثم ان نفس الالتزام واجب أيضا على المؤجر بمقتضى مسئوليته عن البواب • فهذا التزام واحد ، له مدينان • ولا يمكن القول بأنهما متضامنان ، فالتضامن مع المؤجر فى مسئوليته العقدية لابد فيه من نص • ولكن مميزات الالتزام التضامنى قد توافرت هنا : محل واحد وروابط متعددة ومصادر متعددة. فدين التعويض محله واحد بالنسبة الى كل من المؤجر والبواب • وهناك رابطتان مختلفتان ، احداهما تربط المستأجر بالمؤجر ، والاخرى تربط المستأجر بالبواب • ومصدر التزام البواب خطأه التقصيرى ، أما مصدر التزام المؤجر فمسئوليته العقدية عن الغير (٢) •

---

(١) انظر فى المسئولية العقدية عن الغير الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٣٣ •

(٢) وقد بينا عند الكلام فى المسئولية العقدية عن الغير فى الجزء الأول من الوسيط أن هذه المسئولية قد تتحقق اذا استخدم المدين أشخاصا غيره فى تنفيذ التزامه العقدى ، فيكون مسئولا مسئولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذى أضر بالدائن فى الالتزام العقدى • فيوجد اذن المسئول وهو المدين فى الالتزام العقدى ، والمضرور وهو الدائن فى الالتزام ، والغير وهم الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه • وتقوم المسئولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضرور وحيث يكون الغير مكلفا بتنفيذ هذا العقد • فالمؤجر مسئول عن البواب قبل المستأجر : المسئول هنا هو المؤجر، والمضرور هو المستأجر ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الايجار ،والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو البواب • ويتبين من ذلك أن هناك حدين لنطاق المسئولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضرور عقد صحيح ، والحد الثانى أن يكون الغير معهودا اليه فى تنفيذ هذا العقد • ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر فى حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه فيكون الغير مسئولا عن تعويض هذا الضرر مسئولية =

٤ — فى المثلين المتقدمين رأينا أن شخصين يلتزمان بدين واحد بموجب مصدرين مختلفين . فمالك السفينة مسئول عن تنفيذ العقد الذى أبرمه القبودان ، وهنا التابع — أى القبودان — هو الذى أبرم العقد ، فيصبح المتبوع مسئولا عن تنفيذه . والمؤجر مسئول عن خطأ البواب فى تنفيذ عقد الايجار ، وهنا — على خلاف الحالة الأولى — المتبوع هو الذى أبرم العقد والتابع هو الذى ينفذه . ويمكن أن نتصور حالة ثالثة يكون فيها الشخصان مستقلين أحدهما عن الآخر ،فلا تابع ولا متبوع ، ويكونان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين . وليكن هذان المصدران خطأين أحدهما عقدى والآخر تقصيرى . « فاذا تعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع — كما كتبنا فى الجزء الأول من الوسيط — أن يعمل فى مصنعه مدة معينة ، وأخل بتعهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معا نحو صاحب المصنع الأول ، كل منهما عن تعويض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع الى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع الى أن العامل الفنى مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدى ، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضا عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولا . فيكون كل منهما مسئولا عن تعويض ضرر واحد تعويضا كاملا . وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هى مسئولية مجتمعة « تضاممية in solidum »[1] . وكذلك يكون الحكم اذا كان كل من الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى غير عمد ، كما اذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة ، فاصطدم

= تقصيرية اذ لا عقد يربطه بالمضرور ، أما المرتبط بالعقد فمسئول نحو المضرور مسئولية عقدية عن الغير ، ويكون الاثنان مسئولين عن دين واحد هو التعويض دون أن يكونا متضامنين فى هذا الدين (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١ وفقرة ٤٣٣) .

(١) أما فى فرنسا فيقوم بين العامل وصاحب المصنع المنافس تضامن (solidarité) لا تضامم فحسب ، وذلك بموجب المادة الثالثة من قانون ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ ، بل كان القضاء الفرنسى يقضى بالتضامن حتى قبل صدور هذا القانون (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٢٦ وفقرة ١٠٧٢) .

بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضا خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال، فخطأ أمين النقل هنا خطأ عقدى غير عمد وخطأ الغير « سائق السيارة الأخرى » خطأ تقصيرى غير عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معا مسئولية مجتمعة « تضاممية » . ويلاحظ فى المثلين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدى لا يكون مسئولا الا عن الضرر المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيرى فيكون مسئولا أيضا عن الضرر غير المتوقع مادام ضررا مباشرا . فالمسئولية المجتمعة « التضاممية » انما تقوم بينهما فيما يشتركان فى التعويض عنه وهو الضرر المتوقع ، وينفرد مرتكب الخطأ التقصيرى بالمسئولية عن الضرر غير المتوقع . والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية المجتمعة « التضاممية (in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لاتشاركه فيها المسئولية المجتمعة«التضاممية» فالمسئولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضا فيما ينفع لا فيما يضر . فاذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن ، وتضمن الصلح الابراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى استفاد منه الباقون ، أما اذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به فانه لا ينفذ فى حقهم الا اذا قبلوه (م ٢٩٤ مدنى) . واذا أقر أحد المسئولين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقين ، واذا نكل أحد المسئولين المتضامنين عن اليمين أو وجه الى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقى المسئولين ، واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحلف فان المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥ مدنى) . واذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ، أما اذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمسئول الذى صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦ مدنى) . واذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المسئولين ، أما اذا أعذر أحد المسئولين المتضامنين الدائن فان باقى المسئولين يستفيدون من هذا الاعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢ مدنى) ..... هذه

الأحكام هى خاصة بالمسئولية التضامنية دون المسئولية المجتمعة (التضامية) ، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين »(١) .

٥ ـ وفى الدعاوى المباشرة (actions directes) نجد أيضا الدائن له مدينان ، يرجع على كل منهما بنفس الدين ، دون أن يكون المدينان متضامنين ، فيكون الالتزام بهذا الدين الواحد التزاما تضامميا لا تضامنيا (٢) . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدنى من أن « يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الاصلى وقت أن ينذره المؤجر » . فهنا المؤجر يستطيع أن يرجع بالاجرة على كل من المستأجر الاصلى بموجب عقد الايجار الاصلى والمستأجر من الباطن بموجب عقد الايجار من الباطن وهو يعطى للمؤجر دعوى مباشرة بالاجرة . فتتوافر بذلك عناصر الالتزام التضاممى : دين واحد هو الاجرة ، وروابط متعددة هى الرابطة التى تربط المؤجر بالمستأجر الاصلى وتلك التى تربط المؤجر بالمستأجر من الباطن ، ومصادر متعددة هى عقد الايجار الاصلى وعقد الايجار من الباطن . وقل مثل ذلك فى جميع الاحوال التى يعطى النص فيها للدائن دعوى مباشرة قبل مدين المدين ، كما فى دعوى الموكل قبل نائب الوكيل ، ودعوى نائب الوكيل قبل الموكل ، و فى دعوى رب العمل قبل نائب

---

(١) الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة المجلد الثانى فقرة ٦٢٠ ص ١٢٩٤ ـ ص ١٢٩٦ ـ واذا أخل المتعاقد ان فى عقد واحد بمسئوليتهما العقدية، فهما شريكان فى هذه المسئولية ، ولكنها ليست مسئولية تقصيرية حتى يقوم التضامن بينهما . ولما كان مصدر المسئولية هو العقد ،فلابد من شرط التضامن، والا انقسم الالتزام بينهما . ويذهب بلانيول وريبير وجابولد الى اعتبار المسئولية هنا ، فى القليل ، مسئولية تضاممية ، ان لم يمكن اعتبارها مسئولية تضامنية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧١) . ولكن الالتزام التضاممى يشترط فيه ـ على ما نرى ـ أن يكون المصدر متعددا ، وهنا المصدر عقد واحد .

(٢) انظر دريدا (Derrida) فى انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ (solidarité) فقرة ١٤٦ ـ فانسان Vincent فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٣٦ ـ ص ٣٨ وص ٦٤ ـ وقارن كولان وكابيتان ٢ ص ٤٦٧ هامش رقم ١ .

الفضولى ، وغير ذلك من الدعاوى المباشرة ، وقد سبق الكلام فى ذلك تفصيلا فى الجزء الثانى من الوسيط[1] .

المبحث الثانى

الاثار التى تترتب على تضامن المدينين

١٧٨ – العلاقة بين الدائن والمدينين وعلاقة المدينين بعضهم ببعض : هنا أيضا نبحث ، كما بحثنا فى تضامن الدائنين ، أمرين : ١ – العلاقة بين الدائن والمدينين ٢ – وعلاقة المدينين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائن والمدينين

١٧٩ – المبادىء الأساسية : المبادىء الأساسية التى تقوم عليها العلاقة ما بين الدائن والمدينين فى التضامن السلبى هى نفس المبادىء التى تقوم عليها العلاقة ما بين المدين والدائنين فى التضامن الايجابى :

(أولا) فللدائن مطالبة أى مدين متضامن بكل الدين . ولأى مدين

---

(١) الوسيط الجزء الثانى فقرة ٥٥٥ فقرة ٥٦٦ .

هذا ويمكن ايراد أمثلة أخرى للمسئولية التضامية . فمسئولية المنيب والمناب فى الانابة القاصرة هى مسئوليةتضامميه (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٦٨٢ هامش رقم ١ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤ – فانسان Vincent فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٣٩) . وفى كل حالة يكون فيها شخصان مسئولين عن دين واحد لسببين مختلفين ، تكون مسئوليتهما عن هذا الدين مسئولية تضاممية . مثل ذلك أن يبيع المقترض عينا ، ويشترط على المشترى أن يدفع الثمن للمقرض وفاء للقرض . فهنا يوجد شخصان مسئولان عن وفاء القرض : المقترض وسبب مسئوليته عقد القرض ، والمشترى وسبب مسئوليته عقد البيع بما يشتمل عليه من اشراط لمصلحة الغير (استئناف مختلط ٢٩ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٥٣) ، فلا يقوم تضامن بين المقترض والمشترى ولكن يكون هناك تضامم بينهما (انظر الموجز للمؤلف ص ٥١٥ هامش رقم ١) .

متضامن الوفاء بكل الدين للدائن • ووفاء أحد المدينين بكل الدين يبرىء ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن (م ٢٨٤ ــ ٢٨٥ مدنى) • ويرجع هذا المبدأ الى فكرة وحدة المحل ، فالدائن يستطيع أن يطالب بالكل ، كما يستطيع أى مدين أن يفى بالكل ، لأن الكل فى هذه الحالة شىء واحد •

(ثانيا) أما أسباب الانقضاء الاخرى غير الوفاء ، من تجديد ومقاصة واتحاد ذمة وابراء وتقادم ، فانها اذا تحققت بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين اقتصر أثرها عليه دون أن تتعدى الى سائر المدينين ، ولا يحتج أى من هؤلاء بها الا بقدر حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء (م ٢٨٦ ــ ٢٩٢/١ مدنى) • ويرجع هذا المبدأ الى فكرة تعدد الروابط ، فكل مدين تربطه بالدائن رابطة تتميز عن روابط المدينين الآخرين ، فاذا انقضت هذه الرابطة بسبب غير الوفاء لم يترتب على ذلك انقضاء الروابط الاخرى •

(ثالثا) ولا يجوز لأى مدين متضامن أن يأتى عملا من شأنه أن يضر بباقى المدنيين ، ولكن اذا أتى عملا من شأنه أن ينفعهم أفادوا منه (م ٢٩٢/٢ ــ ٢٩٦ مدنى) • ويرجع هذا المبدأ الى فكرة النيابة التبادلية ، فكل مدين يمثل الآخرين فيما ينفع لافيما يضر • وهذا ماجرت العادة بتسميته الآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن (١) •

فنتكلم اذن هنا كما تكلمنا فى التضامن الايجابى ، فى مسائل ثلاث :

١ ــ انقضاء الدين بالوفاء ٢ ــ انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء ٣ ــ الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين •

---

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يقيم التضامن السلبى على فكرتى الكفالة والوكالة (م ١٠٨/١٦٢) • انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨٣ •

ويفسر بيدان ولاجارد جميع المبادىء الثلاثة بفكرة النيابة التبادلية (بيدال ولاجادر ٨ فقرة ٨١٧ وما بعدها) ، ولكن هذه الفكرة وحدها لا تكفى، فهى تضيق مثلا عن تفسير القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز للمدين أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، وكان من حقه أن يحتج بها بمقتضى النيابة التبادلية (دريدا Derrida) انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ (solidarité) فقرة ٦١) •

١ ـ انقضاء الدين بالوفاء

١٨٠ ـ النصوص القانونية : تنص المادة ٢٨٤ من التقنين المدنى على مايأتى :

« اذا كان التضامن بين المدينين ، فان وفاء أحدهم بالدين مبرىء لذمةالباقين » .

وتنص المادة ٢٨٥ على مايأتى :

« ١ ـ يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » .

« ٢ ـ ولا يجـوز للمدين الذى يطالب الدائن بالوفـاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا (١) » .

---

(١) **تاريخ النصوص :**

م ٢٨٤ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ ـ اذا كان التضامن بين المدينين ، كان كل منهم ملزمبالدين جميعه ، وكان وفاء أحدهم بالدين مبرئا لذمة الباقين . ٢ ـ ومع ذلك لايحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامنين ، الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام» . وفى لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بالتزام أى من المدينين المتضامنين بكل الدين لأنه ورد فى المادة التالية ، وكذلك حذفت الفقرة الثانية لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية فى الميراث ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٢٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النـواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣ ـ ص ٦٤) .

م ٢٨٥ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٩ من المشروع التمهيدى علىوجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٧ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ ـ ص ٦٧) .

وتقابل هـذه النصوص فى التقنين المـدنى الســابق المـواد ١٠٨/١٦٢ - ١٦٤ و ١٠٩/١٦٥ و ١١٢/١٦٨ (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ ، وفى التقنين المـدنى الليبى المادتين ٢٧١ - ٢٧٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٢١ - ٣٢٢ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٣ و ٢٥ - ٢٩ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٣٤٦ - ٣٤٧ ، وفى التقنين المـدنى الاردنى المادتين ٤٢٧ - ٤٢٨ (٢) .

---

(١) التقنين المدنى السابق م ١٠٨/١٦٢ - ١٦٤ : لا يلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد به الا اذا اشترط تضامنهم لبعضهم فى العقد أو أوجبه القانون . وفى هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضــا ووكلاء عن بعضهم بعضا فى وفاء المتعهد به ، وتتبع القواعد المتعلقة بأحكـام الكفالة والتوكيل .

م ١٠٩/١٦٥ : يجوز للدائن أن يجمع مدينيه المتضامنين فى مطالبتهم بدينة أو يطالبهم به منفردين ، مالم يكن دين بعض المدينين المذكورين مؤجلا لأجل معلوم أو معلقا على شرط .

م ١١٢/٢٦٨ : لكل من المدينين المذكورين الحق فى التمسك بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجميعهم .

(وأحكام التقنينين القديم والجديد واحده فى هذه المسائل بالرغم من اختلاف الاسلوب . وقدمنا أن التقنين المدنى السابق صرح بالاساس الــذى تبنى عليه أحكام التضامن السلبى فذكر أن المدينين يعتبرون كفلاء بعضهم لبعض ووكلاء بعضهم عن بعض فى وفاء الدين وأن تتبع أحكام الكفــالة والوكالة . والاولى عدم ذكر هذه الاسس الفقهية فى التشريع لا سيما انه ليس صحيحا أن جميع أحكام الكفالة والوكالة تنطبق فى التضامن السلبى) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :** التقنين المدنى السورى م ٢٨٤ - ٢٨٥ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٧١ - ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٢١ : ١ - اذا كان المدينون متضامنين ، فللدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم ، وأن يطالبهم به مجتمعين ، ومطالبته لأحدهم لاتمنعه من مطالبة الآخرين ٢ - ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر الا بقدر نصيب هــذا المدين اذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وهو وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا . =

١٨١ ــ لأى مدين متضامن أن يوفى الدائن كل الدين : وهــذا ماتنص عليه المادة ٢٨٤ مدنى ، كما رأينا ، اذ تقول : اذا كان التضامن بين المدينين ، فان وفاء أحدهم بالدين مبرىء لذمة الباقين » فأى مدين

= م ٣٢٢ : اذا قضى أحد المدينين المتضامنين للدين بتمامه عينا أو بمقابل أو بطريق الحوالة ، برئت ذمته ويبرأ منه المدينون الأخرون .

(وهذه نصوص تتفق فى احكامها مع أحكام التقنين المدنى المصرى وان اختلفت فى العبارة والأسلوب : انظر الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٠٤ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٣ : يكون الموجب متضامنا بين المديونين حين يكون عدة مديونين ملزمين بدين واحد وكل منهم يجب اعتباره فى علاقاته بالدائن كمديون بمجموعة هذا الدين ، فيقال اذ ذاك « تضامن المديونين » . على أن التضامن لايحول دون قسمة الدين بين ورثة المديـون المتضامن .

م ٢٥ : اذا وجد موجب التضامن بين المديونين ، فان جميع هؤلاء ملزمون بالشىء ذاته ولكن بمقتضى روابط متميزة ومستقلة بعضها عن بعض ولاسيما فيما يختص : ١ ــ بصحة هذه الروابط . ٢ ــ باستحقاقها . ٣ ــ بسقوطها .

م ٢٦ : يحق لكل من المدينين المتضامنين أن يدلى بأسباب الدفاع المختصه به والمشتركة بين جميع المديونين .

م ٢٧ : ان أسباب الدفاع المختصة بكل المديونين هى التى يمكن أن يدلى بها واحد أو عدة منهم ، واخصها : ١ ــ الأسباب الممكنة من الابطال (الاكراه والخداع والغلط وعدم الأهلية) سواء اكانت مختصة باحد المديونين أم ببعضهم ٢ ــ الشكل (الأجل أو الشرط) الذى لا يشمل ما التزمه الجميع . ٣ ــ أسباب سقوط الموجب التى لم تحدث للجميع .

م ٢٨ : أسباب الدفاع المشتركة هى التى يمكن أن يدلى بهــــا جميع المديونين بالموجب المتضامن وهى على الخصوص : ١ ــ أسباب البطلان (كموضوع غير مباح وكفقدان الصيغ المطلوبة شرعا الخ) التى تشمل ما التزمه الجميع . ٢ ــ الشكل أو الأجل أو الشرط الشامل لما التزم به الجميع . ٣ ــ أسباب الاسقاط التى افضت الى سقوط الدين عن الجميع .

م ٢٩ : ان الايفاء أو اداء العوض أو ايداع الشىء المستحق أو المقاصة التى جرت بين أحد المديونين والدائن كلهــــا تبرىء ذمة سائر الموجب عليهم .

(وهذه نصوص تتفق فى أحكامها بوجه عام مع احكام التقنين المدنى المصرى فيما عدا حكم المقـــاصة ، فلا يحتج بالمقاصة فى التقنين المصرى الا بمقدار نصيب من وقعت المقاصة معه . والتقنين اللبنانى يزخر ، كمــــا ترى ، بالاساليب والتفصيلات الفقهية) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٤٦ : ١ ــ يجوز للدائن مطالبه المدينين =

اذن يستطيع أن يفى الدين كله للدائن ، ولا يستطيع الدائن أن يرفض الاستيفاء ، كما لا يستطيع أن يفرض على المدين أن يوفيه الا حصته فى الدين اذا أصر المدين على الوفاء بالدين كله (١) وهذا ما لم يتفقا على أن يدفع المدين للدائن حصته فى الدين فقط ، فعند ذلك يكون للدائن أن يرجع على أى مدين آخر بالدين من استنزال حصة المدين المدفوعة(٢).

= المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطه كل مدين من وصف يعدل من اثر الدين ، واذا طالب الدائن احد المدينين ابتداء لم يمنعه ذلك من مطالبه الباقين .

٢ - ولا يجوز للدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء ان يحتج باوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصه بنفسه وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا .

م ٣٤٧ فقرة أولى : يترتب على وفاء احد المدينين المتضامنين بالدين عينا او بمقابل براءة ذمته وبراءة باقى المدينين .

(وهذه النصوص تتفق فى احكامها مع احكام المادتين ٢٨٤ و ٢٨٥ من التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى الصياغة) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤٢٧ : اذا أوفى احد المدينين المتضامنين الدين بتمامه برىء الآخرون .

م ٤٢٨ : ١ - للدائن ان يطالب بدينه كل المدينين المتضامنين أو بعضهم مراعيا ما يلحق علاقته بكل مدين من وصف يؤثر فى الدين ٢٠ - ولكل مدين ان يعترض عند مطالبته بالوفاء باوجه الاعتراض الخاصة به أو المشتركة بين المدينين فحسب .

(وهذه النصوص تتفق فى احكامها مع احكام التقنين المدنى المصرى مع اختلاف فى العبارة والاسلوب) .

(١) لارومبيير ٣ م ١٠٢٤ فقرة ٤ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٩ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقر ١٢١١ . ويلاحظ ان المادة ٢٩٠ مدنى تقضى بانه اذا أبرا الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك ، والفرق بين صورة الابراء هذه وصورة استيفاء الدائن لحصة أحد المدينين أن المفروض فى الصورة الثانية أن الدائن قد استوفى فعلا هذه الحصة ، فلم يعد له الا باقى الدين يرجع به على أى مدين متضامن آخر . أما فى الابراء فالمفروض أن الدائن قد اقتصر على الابراء من التضامن دون أن يستوفى حصة المدين المبرأ ، ومن ثم اذا طالب مدينا اخر كان له أن يطالبه بكل الدين لأنه لم يستوف من هذا الدين شيئا ، وهذا ما لم يكن قد اتفق مع المدين المبرأ على استنزال حصته من الدين عند الرجوع على أحد من المدينين الآخرين كما يقول النص . وهناك فرق آخر من ناحية الصناعة القانونية: فاستيفاء الحصة لابد فيه من ارادتين متوافقتين، =

وكما لا يجبر المدين على أن يوفى حصته فقط ، كذلك لا يستطيع هو أن يجبر الدائن على استيفاء هذه الحصة اذا أصر الدائن على أن يستوفى الدين كله ٠

واذا وفى المدين الدين كلـــه للدائن ، برئت ذمـــة سائر المدينين المتضامنين ٠ ويكون للمدين الذى وفى الدين الرجـــوع عليهم كل بقدر حصته ، على الوجه الذى سنبينه فيمـــا يلى . واذا رفض الـــدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن ، كان لهذا المـــدين أن يعرض الدين عرضا حقيقا وفقا للاجراءات المقررة ، ومتى تم هذا العرض برئت ذمة كل المدينين المتضامنين ٠

١٨٢ – وللدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضـــــامن : وهذا ما يقرره صدر الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدنى ، كما رأينا ، اذ يقول « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضـــامنين بالدين مجتمعين أو منفردين » ٠ فللدائن أن يختار أى مدين متضامن – أكثرهم ملاءة أو أيسرهم وفاء أو من يشاء منهم فكلهم متضامنون فى الدين – ويطالبه بالدين جميعه لا بحصته منه فحسب [1] ٠ وهذا يرجع كما قدمنا الـــى وحدة المحل فى الالتزام التضامنى ، وهذا هو أيضا أهم أثر للتضامن السلبى ، فان هذا النوع من التضامن مقرر فى الاصل لمصلحة الدائن ، بل هو يفوق فى الضمان الكفالة ولو كان الكفيل متضامنا كما سبق القول [2] ٠

= أما الابراء فتكفى فيه ارادة الدائن وان كان يرتد برد المدين (م ٣٧١ مدنى) ٠

وكل مبلغ يدفعه أحد المدينين المتضامنين للدائن سواء كان هذا المبلغ مساويا لحصة هذا المدين أو أقل أو اكثر ، يستطيع المدينون الآخرون التمســـك به لاستنزاله من الدين عند رجوع الدائن عليهم (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢) وهذا ما لم يكن المدين قد اتفق مع الدائن على أنه انما يدفع له حصته فى الدين أو جزءا منها كما سبق القول (انظر تفصيل ذلك فيما يلى فقرة ٢٠٤ فى الهامش) ٠

(١) مصر الوطنية ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٩٣ – استئناف مختلط ١٦ يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٩٤ – ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٩٨ – ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢ – ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٦ ٠

(٢) انظر آنفا فقرة ١٦٤ ٠

ويبقى للدائن حقه فى الرجوع بكل الدين على أى مدين يختاره حتى لوكان له تأمين عينى كرهن أو حق امتياز ، فله بالرغم من وجــود هذا التأمين أن يرجع على المدين الذى اختاره قبل أن يرجــع على العين المرهونه أو المثقله بحق الامتياز ، وهذا حتى لوكانت هذه العين مملوكة لغير هذا المدين [1] • ذلك أن القانون لم يحتم على الدائن أن يرجع أولا على العين المحملة بالضمان العينى [2] ، فقد يجد الدائن أن الدعــوى الشخصية التى يطالب بها المدين المتضامن بالدين كله أيسر حملا وأقل كلفة وأبسط فى الاجراءات من الدعوى العينية التى يرجع بها بمقتضى التأمين العينى [3] •

وليس للمدين اذا طالبة الدائن بالدين كله ، أن يقتصر على دفــع حصته فى الدين [4] ، فانه بالنسبة الى الدائن قد انشغلت ذمته بكل الدين ولا يستطيع أن يجزىء الوفاء • وقد رأينا نظيرا لهذا الحكم فى حالة ما اذا كان المدين هو الذى يتقدم من تلقاء نفسه ، ومن غير مطالبة من الدائن، بدفع حصته فى الدين ، فان الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئى [5] •

---

(١) ولا يخل هذا الحكم بجواز الاتفاق أن يرجع الدائن على المدينين المتضامنين بترتيب معين ، أو على أن يرجــع الدائن أولا بالتأمين العينى (لاورمبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٣ ـ هيك ٧ فقرة ٣١٦ ـ ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٥ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٧) •

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا يحتم ذلك ولكنه حذف •

(٣) بودرى وبارود ٢ فقرة ١٢٠٨ • بل لايجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بكل الدين أن يؤخر الوفاء ، بدعوى أن هناك نزاعا لا يزال منظورا أمــام القضاء بينه وبين المدينين الآخرين بشأن حصة كل منهم فى الدين وانه يخشى لو دفع الدين كله أن يتحمل اعسار أحد من هؤلاء المدينين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٨) •

(٤) وحق اقتصار المدين على دفع حصته فى الدين انما أعطى للكفيل اذا تعدد الكفلاء دون تضامن بينهم ويسمى بحق التقسيم (bénéfice de division) ولكن هذا الحق ، اذا جاز للكفيل غير المتضامن ، لا يجوز للكفيل المتضامن ، ومن باب أولى لا يجوز للمدين المتضامن •

(٥) انظر الفقرة السابقة ـ ولكن اذا كان المدينان المتضامنان لا يملك كل منهما أكثر من خمسة أفدنة ، وان كان مجموع ما يملكان أكثر من خمســة أفدنة ، لم يجز للدائن أن ينفذ على أى منهما بدعوى أنهما يملكان معا نصاب الحجز (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٣) •

١٨٣ – مراعاة مايلحق رابطة كل مدين من وصف : ولما كان الالتزام التضامنى ، الى جانب أنه موحد المحل ، متعدد الروابط ، فان هذه الروابط المتعددة قد يكون بعضها موصوفا والبعض غير موصوف ، وقد يكون الوصف الذى يلحق رابطة منها غير الوصف الذى يلحق الرابطة الأخرى ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك . فيجوز أن يكون أحد المدينين المتضامنين مدينا تحت شرط واقف ، ويكون مدين آخر دينه مضاف الى أجل ، ويكون مدين ثالث دينه منجز . ففى هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأول الا اذا تحقق الشرط ، ولا على المدين الثانى الا عند حلول الأجل ، ويجوز له الرجوع فورا على المدين الثالث . والى هذا تشير المادة ٢٨٤ مدنى اذ تقول : « ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » . وقد تقدم مثل ذلك فى التضامن الايجابى .

وقد يطرأ الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فيمنح الدائن أحد المدينين المتضامنين بعد قيام الدين أجلا للوفاء ، فلا يجوز للمدينين الآخرين أن يتمسكوا بهذا الاجل ، كما لا يتمسك المدين فى التضامن الايجابى بالاجل الذى يمنحه له أحد الدائنين المتضامنين فى حق الدائنين الآخرين (١) . واذا كان الدائن ، عندما يبرىء أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، يستبقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين (م ٢٩٠ مدنى) ، فأولى أن يستبقى حقه فى الرجوع فورا على الباقين اذا هو أجل الدين لاحدهم .

١٨٤ – ادخال المدينين المتضامنين الآخرين فى الدعوى ودخولهم فيها : واذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بكل الدين على الوجه الذى أسلفناه ، كان لهذا المدين أن يدخل فى الدعوى باقى المدينين المتضامنين أو بعضهم ، حتى اذا حكم عليه بكل الدين حكم له على كل من

---

(١) انظر انفا فقرة ١٣٥ وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨ – وانظر ايضا المادة ١٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

الآخرين بقدر حصته (١) • ولا يجوز للدائن أن يعارض فى ذلك ، فقد نصت المادة ١١٧ من تقنين المرافعات على أن « للخصـــم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها ، ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦ » (٢)• ويتعين على المحكمة اجابة المدين الى طلبه وتأجيل الدعوى لادخال ضامن فيها ، اذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ أعلانه بالدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان ، أو اذا كانت الثمانية الايام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لادخـال الضـامن جوازيا للمحكمة (م ١١٩ مرافعات) • ويقضى فى الدعوى الاصلية المرفوعة من الدائن على المدين وفى طلب هذا المدين للرجوع على ضامنه بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، والا فصلت المحكمة فى طلب الضمان بعد الحكم فى الدعوى الاصـــلية » (م ١٢٠ مرافعات) •

بل ان للمحكمة من تلقاء نفسها ، دون طلب من المدين ، أن تأمـــر بادخال باقى المدينين المتضامنين فى الدعوى ، فقد نصت المادة ١١٨ من تقنين المرافعات على أن « للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال من ترى ادخاله لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة ••• وتعين المحكمـة

---

(١) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٨ ـ ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٥ •

(٢) ديرانتون ١١ فقرة ٢١٥ ـ لارومبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٤ ـ ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٦ ـ هيك ٧ فقرة ٣١٦ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٤ ـ بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٨ ـ الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص ٢٧٩ ـ وانظر عكس هذا الرأى فلا يجوز للمدين طلب التأجيل لادخال باقى المدينين فى الدعوى لوران ١٧ فقرة ٢٩٧ ـ دى باج ٣ فقرة ٣٤٣ ـ الأستاذ احمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٠٦ •

ولكن لا يجوز أن يطالب المدين الدائن بادخال بقية المدينين فى الدعوى لأنه مسئول نحو الدائن عن كل الدين ، فاذا أراد أن يدخل باقى المدينين فى الدعوى فعليه هو لا على الدائن أن يدخلهم (بيدان لاجارد ٨ فقرة ٨١٨ ص ٦٠٦) •

ميعادا لايجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بادخـــاله ومن يقـــــوم من الخصوم بادخاله ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى »٠

وكما يجوز ادخال باقى المدينين المتضامنين فى الدعوى ، يجوز كذلك أن يتدخلوا همَ من تلقاء أنفسهم ، ليرعوا حقوقهم وليمنعوا ما قد يقع من تواطؤ بين الدائن والمدين المرفوعة عليه الدعوى ٠ وقد نصت المادة ١٢٦ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لاحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى » ٠ وتنص المادة ١٢٧ من نفس التقنين على أن « تحكم المحكمة فى كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل ، ولا يترتب على الطلبـــــات العارضة أو التدخل ارجاء الحكم فى الدعوى الاصلية متى كانت صـــالحة للحكم فيها ٠ وتحكم المحكمة فى موضوع الطلبات العارضة أو فى طلبات التدخل مع الدعوى الاصلية كلمـــا أمكن ذلك ، والا اســـتبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه (١) » .

١٨٥ ــ مطالبة مدين بعد آخر : واذا اختار الدائن مدينا متضامنا وطالبه بكل الدين ، ثم رأى بعد ذلك أن يوجه مطالبته لمدين متضامن آخر ظهر له فيما بعد أن مطالبته أكثر جدوى أو أيسر أو بدا له أى سبب آخر لهذه المطالبة الجديدة ، فان المطالبة الاولى للمدين الاول لا تمنع من مطالبة المدين الآخر ٠ فللدائن اذن أن يدخل المدين الآخر خصـــما فى الدعوى الاولى ويطلب الحكم على الاثنين بالدين متضامنين فيه ، وله أن يترك دعواه الاولى ويرفع دعوى جديدة على المدين الآخر يطالبه فيهـــا وحده بكـــل الدين (٢) ٠

واذا فرض أن الدائن استمر فى مطالبة المدين الاول ولم يستطع من وراء هذه المطالبة أن يحصل منه الا على جزء من الدين ، فانه يستطيع أن يطالب أى مدين آخر بالباقى من الدين بعد استنزال الجزء الذى استوفاه

---

(١) انظر فى هذا المعنى لارومبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٤ ــ ديمولومب ٢٦ فقرة ٢١٧ ــ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٥ ٠

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٠ ــ بيدان وجابولد ٨ فقرة ١٠٨١ ٠

من المدين الاول . وهذا هو الحكم حتى لو كان المدين الآخر الذى يرجع عليه الدائن مفلسا ، فان الدائن لا يدخل فى التفليسة الا بالباقى من الدين بعد استنزال ما استوفاه من المدين الاول ، ثم ان ما يبقى له بعد الرجوع على التفليسة يرجع به على أى من المدينين الآخرين أو على سائرهم، حتى لو حصل الصلح مع المفلس . كذلك يدخل فى التفليسة المدين المتضامن الذى وفى الدين بقدر ما وفاه عن المفلس . وهذه الأحكام تنص عليها صراحة المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى اذ تقول : « اذا استوفى المداين الحامل لسند متضامن فيه المفلس وغيره بعضا من دينه قبل الحكم باشهار الافلاس ، فلا يدخل فى روكية التفليسة الا بالباقى بعد استنزال ما استوفاه ويبقى حقه فى المطالبة بالباقى محفوظا له على الشريك أو الكفيل ، ويدخل الشريك أو الكفيل المذكور فى روكية المفلس بقدر ما دفعه وفاء عنه . وللمداين مطالبة الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس (١) » .

١٨٦ — مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين : واذا كان للدائن أن يطالب أى مدين متضامن منفردا بكل الدين ، فمما لا شك فيه أن له أيضا أن يطالبهم جميعا بكل الدين فيوجه اليهم المطالبة مجتمعين . وتقول

---

(١) أما اذا كان من المدينين المتضامنين مفلسين ، فان الدائن يدخل فى كل تفليسه بمقدار كل الدين . وتنص المادة ٣٤٨ من التقنين التجارى فى هذا الصدد على ما يأتى : « اذا كانت بيد أحد المداينين سندات بين ممضاة أو محولة او مكفولة من المفلس وآخرين ملتزمين معه على وجه التضامن ومفلسين أيضا ، جاز له ان يدخل فى التوزيعات التى تحصل فى جميع روكيات تفليساتهم ، ويكون دخوله فيها بقدر أصل المبلغ المحرر به السند وما يتبعه الى تمام الوفاء . ولاحق لتفليسات الملتزمين بدين واحد فى مطالبة بعضها بعضا بالحصص المدفوعة منها الا فى حالة ما اذا كان مجموع تلك الحصص المدفوعة من روكيات هذه التفليسات يزيد على قدر أصل الدين وماهو تابع له ، ففى هذه الحالة تقرر الزيادة لمن كان من المدينين المفلسين مكفولا من الآخرين على حسب ترتيب التزامهم بالدين » . والفقرة الاولى من هذا النص تقابلها المادة ٥٤٢ من التقنين التجارى الفرنسى . انظر فى هذا النص ومايثيره من مسائل مختلف عليها وهى تدخل فى نطاق القانون التجارى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١١ .

المادة ٢٨٥ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين .. » . ويستطيع أيضا أن يوجه وجه اليه الدائن المطالبة وحده يستطيع أن يدخل الباقى فى الدعوى وأن الباقى يستطيعون أن يدخلوا فى الدعوى من تلقاء أنفسهم ، هذا اذا لم يستعمل الدائن حقه فى مطالبتهم مجتمعين على النحو الذى بيناه .

ومتى اجتمع المدينون المتضامنون أو بعضهم فى الدعوى ، فان الحكم يصدر عليهم بالدين متضامنين فيه (٢) . فيستطيع الدائن بموجب هذا

---

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٢١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبى والايجابى منوط بفكرتين هما وحدة الدين ، وتعدده . ومن مقتضى الفكرة الاولى فى التضامن السلبى أن يكون كل من المدينين المتضامنين ملتزما فى مواجهة الدائن بالدين كاملا غير منقسم وللدائن أن يوجه مطالبته الى من يختاره منهم على انفراد أو اليهم مجتمعين واذا وجهها الى أحدهم ولم يفلح فى استيفاء الدين منه كله أو بعضه فله ان يعود لمطالبه المدينين الآخرين واى واحد منهم يختاره بما بقى من الدين ، كما ان له اذا ما طالبهم مجتمعين أمام القضاء أن يتنازل عن بعضهم ويحصر مطالبته بجمله الدين فى احدهم أو فى بعضهم دون أن يسوغ لهؤلاء ان يطالبوه باستنزال حصه من حصل التنازل عن مطالبته منهم . ومن مقتضى الفكره الثانية ان كل مدين تربطه بالدائن رابطه مستقله ومتميزة عن الروابط التى تربط المدينين الآخرين بهذا الدائن فاذا شابت رابطة أحد المدينين المتضامنين بالدائن عيوب خاصة به مع بقاء الروابط الاخرى التى تربط هذا الدائن بالمدينين الآخرين سليمه فان عيوب رابطة منها لا تتعداها الى رابطة اخرى واذا زال الالتزام بالنسبة للمدين الذى اعترى رابطته الفساد فان زوال هذا الالتزام لايمس التزام المدينين الآخرين فيظل كل واحد منهم ملتزما قبل الدائن بالدين باسره ويكون للمدين الذى تعيبت رابطته وحده الحق فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطته ولا يكون له ان يطالب باستزال حصه المدين الذى تعيبت رابطته فهذه الحصة لاتستنزل مادام العيب قاصرا على رابطة دون غيرها ، وكل هذا تطبيق لما نصت عليه المادة ٢٨٥ من القانون المدنى : نقض مدنى فى ١٦ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة احكام النقض السنة ١٢ رقم ٣١ ص ٢٣٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه اذا لم يطلب التضامن فى صحيفة الدعوى الابتدائية ولا اثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة ، فلا يقبل ابداؤه لاول مرة امام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ ص ١٦٩) . ولكن اذا لم يقدم طلب التضامن للقضاء للفصل فيه ضمن الدعوى الأصلية فلا مانع من رفع دعوى جديدة به .

الحكم أن ينفذ على أى منهم بكل الدين ، ويبقى لمن نفذ عليه بكل الدين حق الرجوع على الآخرين .

واذا رفع الدائن الدعوى عليهم جميعا ، جاز له رفعها فى أية محكمة تكون مختصة بنظر الدعوى بالنسبة الى واحد منهم أيا كان ، اذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٩ من تقنين المرافعات عن أنه « اذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع بدائرتها موطن أحدهم » . أما اذا رفع الدعوى على كل منهم فى المحكمة التى بها موطنه فتفرقت الدعاوى ، جاز لكل مدين أن يطلب احالة دعواه الى المحكمة التى رفعت أمامها أول دعوى ، فتتجمع على هذا النحو جميع الدعاوى أمام محكمة واحدة ، ثم يضم بعضها الى بعض حتى لا تتضارب الأحكام (١) . واذا رفع الدائن دعاوى مستقلة على المدينين المتضامنين أمام محكمة واحدة ، جاز للخصوم ، وجاز للمحكمة من تلقاء نفسها ، أن تأمر بضم هذه الدعاوى بعضها الى بعض ليصدر فيها حكم واحد (٢) .

١٨٧ – هل ينقسم الدين بين ورثة المدين المتضامن : رأينا فى التضامن الايجابى أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدنى تنص على ما يأتى : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام » (٣) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٨٤ (٤) تنص الفقرة الثانية منه ، فى صدد التضامن السلبى ، على ما يأتى : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون

= (أسيوط الكلية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٢ ص ١٠٦٤) .

هذا وهناك فرق بين مطالبة المدينين مجتمعين فى التزام متعدد الاطراف (obligation conjointe) ومطالبتهم مجتمعين فى التزام تضامنى (obligation solidaire) ففى الحالة الاولى يحكم على كل من المدينين بحصته فى الدين فحسب أما فى الحالة الثانية فيحكم على كل من المدينين بكل الدين متضامنا فيه مع الآخرين .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤ .

(٢) لارومبيير ٣ م ١٢٠٤ فقرة ٢ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤ .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٣٤ .

(٤) وهى المادة ٤٠٨ من هذا المشروع .

انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامنين ، الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام » (١) ، فكان هناك تقابل بين النصين • ولكن اذا كان هذا التقابل يصح فى القانون الفرنسى ، حيث ينتقل الدين الى ورثة المدين وينقسم عليهم كل بقدر حصته فى الميراث (٢) ، فانه لا يصح فى مصر حيث تقضى مبادىء الشريعة الاسلامية بأن الدين لا ينتقل الى ورثة المدين ، بل تبقى التركة مسئولة عنه جميعه اذ لا تركة الا بعد سداد الدين • من أجل ذلك حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثانية المشار اليها فى التضامن السلبى « لانها لا تتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية فى الميراث » (٣) •

فاذا مات أحد المدينين المتضامنين ، بقيت تركته مشغولة بالدين جمعية (٤) ، ويجوز للدائن أن يرجع عليها به كاملا (٥) ، ثم ترجع التركة

---

(١) انظر انفا فقرة ١٨٠ فى الهامش •

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٩ •

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣ وانظر انفا فقرة ١٨٠ فى الهامش • وانظر أيضا فقرة ١١٩ فى الهامش حيث نقلنا كيف يصور الأستاذ اسماعيل غانم انتقال الدين الى ورثة المدين •

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى قاعدة « لا تركه الا بعد سداد الدين » أن تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاه بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد اى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف اليهم مادام ان الدين قائم دون ان يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة : نقض مدنى فى ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤ . كما قضت بأن التركة منفصلة شرعا عن اشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عينى تبعى بمعنى انهم يتقاضون منها ديونهم قبل ان يؤول شىء منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها : نقض مدنى فى ٢٥ مارس سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ٦١ ص ٣٨٤ .

(٥) كما يجوز ان يرجع على كل وارث بحصته فى دين مورثه بقدر ما افاد من تركته (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٩٢) . ولكن لا تضامن بين الورثة كما قدمنا ، فاذا اتخذ الدائن اجراءات نزع الملكية ضد أحد الورثة بقدر حصته فى الميراث ، كان عليه أن يتخذ نفس هذه الاجراءات ضد سائر الورثة كل بقدر حصته (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٠) .

على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته فى الدين كما كان يفعل المورث لو بقى حيا (١) . ومن ثم يكون الدين فى التضامن السلبى ، يفضل القاعدة الشرعية التى تقضى بألا تركة الا بعد سداد الدين ، غير منقسم على ورثة المدين ، دون حاجة الى أن يكون الدين نفســــه غير قابل للانقســـام (٢) .

١٨٨ — أوجه الدفع التى يحتج بها المدين المتضـامن : وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧٥ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ولايجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالاوجه المشتركة بين المدينين جميعا » . وقد رأينا نصا مقابلا لهذا النص فى التضامن الايجابى (٣) .

فاذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالوفاء ، كان لهـــذا المدين أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كان للدائن ان يرجع على المدين المتضامن بالدين جميعه باعتبار ان ذمة المدين قد انشـــغلت بكل الدين ولا يستطيع أن يجزىء الوفاء وتبقى تركته من بعد وفاته مشغولة بهذا الدين، شأنها فى ذلك شأن المدين لو بقى حيا ، فانه يتعين استبعاد هذا الدين باكمله من وعاء ضريبة التركات . ولا يحول دون ذلك ان يكون للوارث الذى أوفى بالدين حق الرجوع على المدينين المتضامنين كل بقدر حصته ، لأن المعول عليه فى تحديد وعاء هذه الضريبة هو انشغال ذمة المتوفى بالدين قبل الدائن وليس بحصته فيه قبل باقى المدينين : نقض مدنى فى ٢١ فبراير سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ٥٣ ص ٣٠٧ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى الذى احتوى النص الملغى ما يأتى : « ويترتب على موت المدين المتضامن انقسام الدين بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام فلو فرض ان مدينين ثلاثة التزموا على وجه التضامن بدين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وتوفى أحدهم عن وارثين متكافىء الفرض ، فليس للدائن ان يطالب كلا منهما الا بمبلـــغ ١٥٠ جنيه » . ثم مالبثت المذكرة الايضاحية أن استدركت فقالت : « وهذا الحكم لا يتبـــع فى الشريعة الاسلامية اذ هى لا تبيح انتقـــال الدين مـــن طريق الميراث » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٦٦) . وهذا مادعا لجنة المراجعة الى حذف النص الذى كان يقضى بانقسام الدين على ورثة المدين كما سبق القول.

(٣) انظر آنفـا فقرة ١٣٦ .

المدينين جميعا ، ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخـــر •

أما أوجه الدفع الخاصة بالمدين المطـــالب بالوفاء فكثيرة متنوعة ، ذكرنا ما يقابلها فى التضامن الايجابى • فقد تكون الرابطة التى تربط هذا المدين بالدائن مشوبة بعيب فى الرضاء لغلط أو تدليس أو اكراه ، أو بنقص فى أهلية المدين • أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ ، فيطالب المدين بفسخها • أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم ، وهذه جميعها يحتج بها المدين الذى قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبة الدائن كما سنرى •

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا فكأن يكون العقـــد الذى أنشأ الالتزام التضامنى باطلا فى الاصل ، لانعدام رضاء المدينين جميعا أو لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لعيب فى الشكل • أو يكون العقد قابلا للابطال لصالح جميع المدينين ، بأن يكون قد وقع عليهم جميعا اكراه أو تدليس أو وقعوا جميعا فى غلط • أو يكون العقد قابلا للفسخ ، بأن يكون الدائن مثلا لم يف بما تعهد به كأن كان بائعا لم يسلم المبيع للمشترين المتضامنين فى الثمن ، فيكون لكل من هؤلاء المدينين المتضامنين حق المطالبة بفسخ البيع • أو يكون أحد المدينين قد وفى الدين كله فبرئت ذمة الجميع ، ويكون لكل منهم أن يحتج بهذا الوفاء على الدائن •

ولا يحتج المدين المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين (١) ، كما اذا وقع تدليس أو اكراه على غيره أو وقـــع غيره فى غلط فلا يحتج هو بذلك (٢) • وكما اذا كان غيره ناقص الاهلية ، فلا يحتج هو بنقص أهلية هذا المدين • وكما اذا كان التزام غيره معلقا

---

(١) استئناف وطنى ١٨ إبريل سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٩٨ ـ استئناف أسـيوط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٤ ص ٥٥٠ •

(٢) فاذا طالب الدائن أولا من شاب رضاءه عيب فأبطل هذا التزامه ، ثم رجع الدائن على مدين متضامن آخر لم يشب رضاءه عيب ، فانه يطالبه بكل الدين دون أن يستنزل حصة من شاب رضاءه العيب (لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١٠ ـ لوران ١٧ فقرة ٣٠٠ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٤٤) •

على شرط أو مضافا الى أجل ، فلا يتمسك هو بهذا الدفع • وكما اذا قام سبب للفسخ بغيره ، فلا يطالب هو بالفسخ • وكما اذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره ، فلا يحتج هو بهذا السبب الا بقدر حصة هذا المدين على الوجه الذى سنفصله فيما يلى (١) •

٢ ـ انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٨٩ ـ المبدأ العام : فى التضامن السلبى ، كما فى التضامن الايجابى اذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين قبل الدائن بسبب غير الوفاء ، لم تبرأ ذمة الباقين الا بقدر حصة المدين الذى برئت ذمته (٢) • وقد وضع التقنين المدنى الجديد هذا المبدأ العام فى صدد التضامن الايجابى ، واقتصر عليه فيما يتعلق بهذا النوع من التضامن دون أن يطبقه تفصيلا على الاسباب المختلفة لانقضاء الالتزام • أما فى التضامن السلبى فقد عمد ، دون أن يصرح بالمبدأ ، الى تطبيقه تطبيقا تفصيليا على هذه الاسباب ، لما لهذا التطبيق التفصيلى من أهمية عملية •

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: « للدائن فى التضامن السلبى أن يطالب كلا من المدينين المتضامنين بالدين بأسره ، كما هو الشأن فى التضامن الايجابى . وله أن يطالب هؤلاء المدينين بالوفاء أمام القضاء مجتمعين أو منفردين • ولا يجوز لمن يطالب بالوفاء منهم ، على هذا الوجه ، ان يحتج الا بأوجه الدفع الخاصة بشخصه ـ كالغلط أو الاكراه اللذين شابا رضاءه ـ والاوجه المشتركة بين المدينين جميعا ـ كما اذا كان الالتزام باطلا لعدم مشروعية السبب أو كما اذا كان قد انقضى بالوفاء • أما الدفوع الخاصة بغيره من المدينين ـ كالغلط أو الغش أو الاكراه الذى شاب رضاء هؤلاء دون أن يؤثر فى رضائه ـ فيمتنع عليه الاحتجاج بها» (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ ـ ص ٦٦) . وقد فصل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المواد ٢٥ الى ٢٨ أوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا وأوجه الدفع الخاصة بأحدهم (انظر آنفا فقرة ١٨٠ فى الهامش) •

انظر ايضا ترتيبا منطقيا لاوجه الدفع المتعلقة بطبيعة الالتزام ، والاوجه المشتركة بين جميع المدينين ، والاوجه الخاصة بأحدهم دون غيره ، فى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٢٠ ـ فقرة ٨٢٥ •

(٢) وذلك فيما عدا التجديد ، فسنرى انه يبرىء ذمة باقى المدينين المتضامنين الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم •

وقد قدمنا أن الاصل فى ذلك أن روابط الدائن بالمدينين المتضامنين روابط متعددة ، وقد تنقضى رابطة منها بسبب غير الوفاء ولا تنقضى الروابط الاخرى الا بقدر حصة من انقضت رابطته ، فلا يستطيع باقى المدينين أن يحتجوا على الدائن الا بقدر هذه الحصة ، ويبقون ملزمين بدفع باقى الدين .

ونستعرض مـــع التقنين المدنى الجديد أسباب انقضاء الالتزام المختلفة غير الوفاء مع النصوص التشريعية الخاصة بكل سبب . وأسباب الانقضاء التى عرض لها التقنين الجديد هى التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم (١) .

---

(١) وهناك ، غير هذه الاسباب ، الوفاء بمقابل واستحالة التنفيذ ، ففى الوفاء بمقابل ، اذا استوفى الدائن من أحد المدينين المتضامنين مقابلا للدين ، انقضى الدين أصلا كما ينقضى بالوفاء ، وبرئت ذمة المدينين الآخرين ، فيستطيع كل مدين منهم أن يحتج بهذا السبب متمسكا بانقضاء كل الدين ولا يقتصر على استنزال حصة من وفى المقابل . وهذا الحكم يختلف عن الحكم الذى أوردنا فى الوفاء بمقابل لاحد الدائنين المتضامنين فى التضامن الايجابى (انظر آنفا فقرة ١٣٨ فى الهامش) . والسبب فى هذا الاختلاف أن فى التضامن السلبى لا يوجد الا دائن واحد ، وقد قبل أن يستوفى مقابلا للدين، فانقضى الدين بهذا القبول . أما فى التضامن الايجابى فيوجد دائنون متعددون، ولم يقبل الوفاء بمقابل الا احد هؤلاء الدائنين ، فلا يتقيد الدائنون الآخرون بقبوله فيما يجاوز حصته (انظر الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٩) .

واستحالة التنفيذ لسبب لا يد لاحد المدينين المتضامنين فيه يقضى الالتزام التضامنى نفسه (م ٣٧٣ مدنى) ، فتبرأ ذمة جميع المدينين ، ويكون حكم استحالة التنفيذ هو حكم الوفاء بالدين وحكم الوفاء بمقابل . أما اذا استحال التنفيذ بخطأ أحد المدينين المتضامنين أو بعد اعذاره — كان يكون البائعون متضامنين فى الالتزام بتسليم المبيع ثم هلك المبيع بخطأ أحدهم — فالمدين الذى صدر منه الخطأ يكون وحده مسئولا عن رد الثمن والتعويض ، أما باقى المدينين فيكونون مسئولين عن رد الثمن وحده ، لان البائع فى القانون المصرى يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم (انظر م ٤٣٧ مدنى) . وتقضى المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسى بأن باقى المدينين يكونون مسئولين عن رد الثمن دون التعويض ، ولكن الفقه الفرنسى ينتقد هذا الحكم (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٢٤) ، لان البائع فى القانون الفرنسى لا يتحمل تبعة هلاك المبيع بسبب أجنبى قبل التسليم ، وهلاك الشىء بخطأ أحد المدينين المتضامنين يجب اعتباره هلاكا بسبب اجنبى بالنسبة الى الباقين (انظر الاستاذ اسماعيل =

١٩٠ — **التجديد** : تنص المادة ٢٨٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :
« يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم (١) » .

ونفرض هنا أن الدائن اتفق مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد

= غانم فى احكام الالتزام فقرة ٢٠٤ ص ٢٩١ هامش رقم ١ (وانظر مايلى فقرة ١٩٧) .

وقد يحول الدائن حقه قبل احد المدينين المتضامنين الى محال له دون أن يستبقى حقه قبل المدينين الآخرين . والظاهر انه عند تمام الحوالة فى هذه الحالة يحل المحال له مكان الدائن الاصلى ، لان الحق ينتقل اليه مع ضماناته والتضامن من أهمها ، فيصبح المدينون المتضامنون جميعا مدينين للمحال له ، ولاى منهم ان يتمسك بالحوالة قبل الدائن الاصلى (انظر فى هذا المعنى دريدا Derrida انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ (solidarité) فقرة ٨٠) . أما اذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين واشترط استبقاء حقه قبل المدينين الآخرين ، فقد سبقت الاشارة الى ان الدائن الاصلى فى هذه الحالة يستبقى علاقته بهؤلاء المدينين ، ويصبح هو والمحال له دائنين لهم بالتضامم (انظر آنفا فقرة ١٢٧ فى الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٦ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٦٧ — ص ٦٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٩٠/١٥٤ ونصها ما يأتى: « لا يصح فى أى حال من الاحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن الا برضاء الكفلاء والمتضامنين » . والتقنين السابق باشتراطه قبول المدينين المتضامنين بالتجديد يتفق فى الحكم مع التقنين الجديد .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٨٦ (وهى مطابقة) — التقنين المدنى الليبى م ٢٧٣ (وهى مطابقة) — التقنين المدنى العراقى م ٣٢٣ (وهى مطابقة) — تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣١ ونصها ما يأتى : « ان تجديد الموجب بين الدائن واحد الموجب عليهم يبرىء ذمة الآخرين الا اذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد . أما اذا اشترط الدائن قبول المديونين وامتنع هؤلاء ، فالموجب السابق لا يسقط » (والتقنين اللبنانى يتفق فى الحكم مع التقنين المصرى) — التقنين المدنى الكويتى م ٣٤٨ (وهى مطابقة) — التقنين المدنى الاردنى م ٤٢٩ ونصها ما يأتى : « اذا اتفق الدائن مع احد المدينين المتضامنين على تجديد الدين برئت ذمة الباقين الا اذا احتفظ بحقه قبلهم جميعا » (وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى) .

الدين . وهذا التجديد اما أن يكون بتغيير الدين ، اذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الاصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله أو فى مصدره . واما أن يكون بتغيير المدين ، اذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الاجنبى مدينا مكان المدين الاصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الاصلى دون حاجة الى رضائه ، أو اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد . واما أن يكون بتغيير الدائن ، اذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الاجنبى هو الدائن الجديد .

وسواء كان التجديد بتغيير الدين أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن، فانه يترتب عليه أن ينقضى الالتزام الاصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد (م ٣٥٦/١ مدنى) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ مدنى على ما يأتى : « ولا ينتقل الى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الاصلى ، الا بنص فى القانون ، أو الا اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك » . ثم تنص المادة ٣٥٨ مدنى على أنه « لا ينتقل الى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن ، الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

ونرى من هذه النصوص أن التجديد يقضى الدين القديم على وجه قاطع ، ويقيم مكانه دينا جديدا يختلف فى صفاته وفى توابعه وفى تأميناته عن الدين القديم.ومن أهم تأمينات الدين القديم هو هذا التضامن الذى كان قائما بين المدينين جميعا ، فينقضى بانقضاء الدين القديم . بل ينقضى التضامن وحده ، وانما ينقضى الالتزام التضامنى ذاته بالتجديد، فتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعا : لاذمة المدين الذى أجرى التجديد مع الدائن فحسب ، بل أيضا تبرأ ذمة باقى المدينين المتضامنين .

وهذه نتيجة بعيدة المدى ، ويبررها أن التجديد حاسم فى قضاء الدين القديم بكل مشخصاته ومقوماته ، وفى احلال دين جديد محله لا يشترك مع الدين القديم فى شىء من هذه المشخصات والمقومات . ويستخلص من

ذلك أن الدائن الذى جدد الدين مع أحد المدينين المتضامنين يفترض فيه أن نيته قد انصرفت الى قضاء الدين القديم وما يستتبع ذلك من براءة ذمة جميع المدينين المتضامنين ، واقتصر على الدين الجديد يحل محل الدين القديم . فاذا كان يريد استبقاء الدين القديم فى ذمة باقى المدينين المتضامنين ، أمكنه قبل أن يجرى التجديد أن يتفق مع هؤلاء المدينين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم . وعند ذلك لا ينقضى الدين القديم الا بالنسبة الى المدين الذى جدد الدين معه ، ويبقى هذا الدين فى ذمة باقى المدينين . وله فى هذه الحالة أن يرجع على كل منهم بالباقى من الدين بعد استنزال حصة المدين الذى أجرى معه التجديد ، فيتفق التجديد عندئذ فى الحكم مع سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء على ما سنرى . بل يتفق حكمه هنا فى التضامن السلبى مع حكمه هناك فى التضامن الايجابى ، وقد رأينا فى التضامن الايجابى أنه اذا جدد الدين بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين فلا يجوز للمدين أن يحتج بهذا التجديد على باقى الدائنين المتضامنين الا بقدر حصة الدائن الذى أجرى التجديد معه (١) .

واذا أراد الدائن أن ينقل التضامن الى الدين الجديد ، فعليه أن يحصل على موافقة باقى المدينين المتضامنين على أن يلتزموا متضامنين بهذا الدين . فاذا لم يوافقوا على ذلك وكان الدائن قد اشترط لتمام التجديد موافقتهم ، فان التجديد لا ينعقد ، ويظل الالتزام التضامنى القديم قائما (٢) .

أما اذا كان الدائن لم يتفق مع باقى المدينين ، لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين القديم ، ولا على أن يتضامنوا فى الالتزام بالدين الجديد ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٣٨ . والفرق بين التضامن الايجابى والتضامن السلبى فى حكم التجديد يرجع الى ان التجديد لا يتم فى أية من حالاته الثلاث الا برضاء الدائن ، ولما كان الدائن متعددا فى التضامن الايجابى فلا يجوز أن يسرى التجديد الذى قبله أحد الدائنين فى حق الباقين الذين لم يقبلوه الا بقدر حصة الدائن الذى قبل .

(٢) انظر فى هذا المعنى المادة ٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط ، فقد افترض المشرع افتراضاً معقولاً أن نية الدائن قد انصرفت الى ابراء ذمة المدينين المتضامنين من الالتزام التضامنى القديم . على أن هذا الافتراض قابل للدحض ، فيجوز للدائن وقت اجراء التجديد أن يفصح عن نيته بأنه لا يقصد من هذا التجديد أن يبرىء ذمة باقى المدينين المتضامنين ، بل قصد أن يبرىء ذمة المدين الذى أجرى معه التجديد هو وحده من الدين القديم . فيكون الدائن بذلك قد احتفظ بحقه قبلهم — أى قبل باقى المدينين المتضامنين — كما هو صريح نص العبارة الاخيرة من المادة ٢٨٦ مدنى . ويستوى الحكم فى هذه الحالة مع الحكم فى حالة ما اذا كان الدائن قد اتفق مع باقى المدينين المتضامنين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم ، وهى الحالة التى ذكرناها فيما تقدم . فسواء اتفق الدائن مع باقى المدينين المتضامنين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم، أو اقتصر على مجرد الاحتفاظ بالدين القديم فى ذمتهم دون اتفاق معهم ، فالحكم واحد فى الحالتين : ينقضى الدين القديم بالنسبة الى المدين الذى أجرى التجديد وحده ، ويبقى هذا الدين فى ذمة الباقين ، ويكون للدائن أن يرجع على أى من هؤلاء بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى أجرى معه التجديد . ويتفق عندئذ حكم التجديد مع حكم سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء كما يتفق حكم التجديد فى التضامن السلبى مع حكم التجديد فى التضامن الايجابى (١) .

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يترتب على اتفاق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين أو استبداله انقضاء الالتزام القديم وبراءة ذمة باقى المدينين منه ، ما لم يرفض هؤلاء الارتباط بالتعهد الجديد . فاذا لم يرفضوا ذلك وكان الدائن قد اشترط رضاءهم ، فلا ينعقد التجديد ويظل الالتزام القديم قائما : انظر فى هذا المعنى المادتين ١٧١/١٨١ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ٣١ من التقنين اللبنانى والمادة ١٣٧ من المشروع الفرنسى الأيطالى . ويختلف الحكم بعض الاختلاف فيما يتعلق بالتضامن الايجابى ، فالتجديد الذى ينعقد بين دائن من الدائنين المتضامنين والمدين لا يبرىء هذا المدين قبل باقى الدائنين ، ولكنه يستتبع انقضاء الدين القديم بالنسبة لذلك الدائن وحده أما الدائنون الذين =

١٩١ — المقاصـــة : تنص المادة ٢٨٧ من التقنين المدنى على ما يأتى : « لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقـــع بين الدائن ومدين متضامن آخر ، الا بقدر حصة هذا المدين » (١) .

= لم يكونوا طرفا فى التجديد فيظل الدين القديم قائما بالنسبة لهم ، ويكون لكل منهم أن يطالب بهذا الدين بعد استنزال حصة الدائن الذى ارتضى هـذا التجديد : انظر المادة ١٥٥ من المشروع الفرنسى الايطالى » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٦٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٩ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٧ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٦٩ — ص ٧١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المـــــادتين ١١٣/١٦٩ و ٢٠١/٢٦٥ ، وهذا نص كل منهما : م ١١٣/١٦٩ : « لا يجوز لاحد المدينين المتضامنين لبعضهم فى الدين ان يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن . واذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين المتضامنين لبعضهم بصفتى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد ، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين » . ويفهم من هذا النص ضمنا ، وبمفهوم المخالفة ، أن المقاصة — خلافا لاتحاد الذمة — لا يحتج بها المدينون الآخرون حتى بقدر حصة المدين الذى وقعت المقاصة معه . غير أن المادة ٢٠١/٢٦٥ تنص على ما يأتى : « ولا يجوز لاحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المذكورين الا بقـــدر حصتهم فى الدين » . وهذا الحكم القاضى بأن للمدينين الآخرين أن يحتجوا بالمقاصة بقدر حصة المدين الذى وقعت المقاصة معه يتعارض مع الحكم السابق الذى تقضى به المادة ١١٣/١٦٩ سالفة الذكر ، وقد ذهبنا فى عهـد التقنين المدنى السابق ، أمام هذا التناقض ، الى اعمال المادة ٢٠١/٢٦٥ دون المادة ١١٣/١٦٩ ، وتخويل المدينين المتضامنين الباقين الحق فى أن يتمسك كل منهم بالمقاصة بقدر حصة المدين الذى وقعت معه هذه المقاصة . وكتبنا فى الموجز فى هذا الصدد ما يأتى : « أما المقاصة فقد تقع بين أحـــد المدينين المتضامنين والدائن . فاذا كان (أ) و (ب) مدينين متضامنين بمبلغ ثلثمائة جنيه، ثم أصبح (أ)دائنا بمبلغ ثلثمائة جنيه للدائن نفسه ، وأراد هذا الدائن الرجوع على (أ) ، فلاشك فى أن (أ) يستطيع أن يتمسك بالمقاصة . ولكن هب أن الدائن لم يرجع على (أ) ورجع على (ب) ، فهل يستطيع (ب) أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت بين الدائن والمدين (أ) ؟ تجيب المادتـــان ١١٣/١٦٩ بما يأتى « لا يجوز لاحد المدينين المتضامنين لبعضهم فى الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن » . ويفهم من ذلك أن (ب) فى الفرض المتقدم لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت بين الدائن =

والمفروض هنا أن مقاصة قانونية وقعت بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين فى الالتزام التضامنى • ونفرض لتصور ذلك أن هذا الالتزام مقداره ثلثمائة ؛ وأن المدينين المتضامنين ثلاثة حصصهم فى الدين

= والمدين (ا) ، لابالنسبة لكل الدين ولا بالنسبة لحصة (ا) هذا الدين .. هذا هو المفهوم من النص ، ويؤيد هذا الفهم انه متفق مع الحكم الذى نص عليه القانون المدنى الفرنسى فى هذه الحالة (م ١٢٩٤) • ويؤيده أيضاً ان العبارة الاخيرة فى المادتين ١٦٩/١١٣ تجيز فى حالة اتحاد الذمة ، مغايرة لحالة المقاصة ، أن يتمسك المدين المتضامن باتحاد الذمة بقدر الحصة التى تخص شريكه فى الدين كما سنرى . الا ان التفريق بين المقاصة واتحاد الذمة لا مسوغ له ، ومادام للمدين المتضامن ان يتمسك باتحاد الذمة بقدر الحصة التى تخص شريكه فى الدين ، وجب أيضا أن يكون للمدين المتضامن حق التمسك بالمقاصة بقدر حصة المدين الذى وقعت معه هذه المقاصة ، فيجوز فى الفرض المتقدم أن يتمسك (ب) بالمقاصة بقدر حصة (ا) فى الدين ، ولا يرجع عليه الدائن الا بنصف الدين . وهذا هو الحكم الصحيح الذى يجب ان نقف عنده ، والذى أراد المشرع المصرى ، فنص عليه فى المادتين ٢٠١/٢٦٥ : « ولا يجوز لاحد المدينين المتضامنين ان يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المذكورين الا بقدر حصتهم فى الدين » • فرجع بذلك عن الحكم الذى نص عليه فى المادتين ١٦٩/١١٣ • ونحن نرى أمام هــــذا التناقض ان المادتين ٢٠١/٢٦٥ تنسخان المادتين ١٦٩/١١٣ » (الموجز للمــــؤلف ص ٥١٦ - ص ٥١٧) •

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١١٥ من القانون المدنى القديم اذ نصت على انه اذا قام احد المتضامنين فى الدين بادائه او وفائه بطريق المقاصة مع الدائنين جاز له الرجوع على المدينين كل منهم بقدر حصته » . فقــــد افادت بذلك انه يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المدين المتضامن معه ان يكون قد اوفى اكثر من نصيبه فى الدين : نقض مدنى فى ٢ ابريل سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٠١ ص ٦٨٩ .

وتقابل المادة ٢٨٧ من التقنين المدنى المصرى فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٨٧ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٤ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٢٤ (مطابقة) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٧ ونصها ما يأتى : « اذا وجد التضامن بين المديونين ، امكن كلا منهم ان يبرىء ذمة الآخرين جميعا : ١ — .... ٣ — باجراء المقاصة على دين له فى ذمة الدائن مقابل مجموع الدين » .

كما نص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة ٣٣٤ على انه لا يجوز للمدين المتضامن ان يحتج بالمقاصة اصلا ولو بقدر حصة المديـن المتضامن الذى وقعت معه المقاصة • (ونص المادة ٣٧ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى ، اذ تجيز للمدين =

متساوية ، وظهر أن للأول منهم على الدائن ثلثمائة — سواء كان هـذا الدين لاحقا للالتزام التضامنى أو سابقا عليه — فوقعت المقاصة بينه وبين الدائن .

فاذا رجع الدائن على المدين الاول الذى وقعت معه المقاصة ، تمسك هذا بانقضاء الدين قصاصا . فيعتبر الدين منقضيا ، لا بالنسبة الى هذا المدين وحده ، بل بالنسبة اليه والى المدينين الآخرين مادام الدائن قد طالب المدين الاول . ويكون لهذا المدين أن يرجع على شريكيه فى الدين كل منهما بمائة ، لانه يكون فى حكم من وفى الدين ، وقد وفاه فعلا بطريق المقاصة ، فله حق الرجوع .

أما اذا اختار الدائن أن يطالب بالدين أحد المدينين الآخرين ، فليس للمدين المطالب أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت مع المدين الاول الا بقدر حصة هذا المدين [1] ، أى بمقدار مائة من ثلثمائة ، وعليه أن يوفى الدائن مائتين ، ثم يرجع على المدين الثالث بمائة هى حصته فى الدين ، ولا يرجع

= المتضامن اذا رجع عليه الدائن انيتمسك بالمقاصة التى وقعت معه . أما المادة ٣٣٤ من التقنين اللبنانى فانها لا تجيز للمدين المتضامن التمسك بمقاصة وقعت مع مدين متضامن آخر لم يتمسك بها ، وهذه المادة تختلف فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى وسائر التقنينات العربية الاخرى) — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٤٩ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٣٠ (موافقة) .

(١) والفرق بين انقضاء الدين بالوفاء حيث يجوز لباقى المدينين ان يتمسكوا بذلك فى كل الدين ، وبين انقضائه بسبب آخر غير الوفاء حيث لا يجوز لباقى المدينين ان يتمسكوا بسبب الانقضاء الا بقدر حصة المدين الذى قام به هذا السبب . أن الدائن بالوفاء يكون قد حصل على كل حقه فليس له أن يطالب بشىء بعد ذلك . أما فى غير الوفاء من أسباب الانقضاء ، فان الدائن لا يكون قد حصل فعلا على حقه، فلا يكون للانقضاء أثره الا فى الرابطة التى تربطه بالمدين الذى قام به سبب الانقضاء دون غيرها من الرابطة الاولى . وقد قدمنا مثل هذه الاعتبارات فى صدد التضامن بين الدائنين (أنظر آنفا فقرة ١٢٧ فى الهامش) .

على المدين الاول بشيء لانه لم يدفع شيئا لحسابه (١) • فيكون المدين الثانى فى نهاية الامر قد تحمل حصته فى الدين وهى مائة ، وكذلك المدين الثالث قد تحمل مائة ، حصته فى الدين ، برجوع المدين الثانى عليه كما قدمنا • ويبقى المدين الاول الذى وقعت معه المقاصة ، فهذا قد استنزل الدائن حصته فى الدين وهى مائة عندما رجع على المدين الثانى • فينتهى أمر الدائن مع المدين الاول الى الوضع الآتى : عليه لهذا المدين ثلثمائة ؛ وله مائة هى التى استنزلها من الالتزام التضامنى ، فتقع المقاصة بمقدار المائة ، ويبقى للمدين الاول على الدائن مائتان • فيستوفى المدين الاول المائتين من الدائن ، بعد أن نزل له عن مائة هى حصته فى الدين الذى تضامن فيه مع شريكيه (٢) •

١٩٢ — اتحاد الذمة : تنص المادة ٢٨٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) أما فى القانون الفرنسى فقد قضت المادة ١٢٩٤ من التقنين المدنى الفرنسى بأنه لايجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت مع مدين متضامن آخر ، حتى ولو بقدر حصة هذا المدين . والفقهاء الفرنسيون الذين يؤيدون هذا الحكم يعللونه بكراهية المشرع لان يتدخل المدين فى شؤون مدين آخر تدخلا تصل الى حد تمكينه من الدفع بمقاصة وقعت بين هذا المدين الآخر والدائن (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٠١ — لوران ١٧ فقرة ٣٣٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٨ ص ٤٤٨ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٧٠٠ ص ٤٧٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٧٠ ص ٦٠٦ — وأنظر تعليلا آخر لاوبرى ورو ٤فقرة ٢٩٨مكرر ثالثاهامش رقم ١٨) . ولكن الفقه الفرنسى لا يؤيد كله هذا الحكم ، بل يذهب بعض الفقهاء الى وجوب استنزال حصة المدين الذى وقعت معه المقاصة عند رجوع الدائن على المدينين الآخرين (ديرانتون ١٢ فقرة ٤٢٩ — فقرة ٤٣٠ — توليه ٦ فقرة ٧٣٣ و ٧ فقرة ٣٧٧ — ماركاديه ٥ فقرة ٨٢٩ — لارومبير ٣م ١٢٠٨ فقرة ٥) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: « تبرأ ذمة من يوفق من المدينين المتضامنين الى الاحتجاج بالمقاصة على الدائن . ويكون له أن يرجع على باقى المدينين كل بقدر حصته . ولكن اذا عمد الدائن الى مطالبة هؤلاء المدينين ، فله أن يقتضى كلا منهم جملة الدين بعد استنزال حصة المدين الذى وقع القصاص معه : انظر ما بين المادتين ٢٠١/٢٦٠ و ١١٣/١٦٩ من التقنين الحالى (السابق) من تناقض ملحوظ » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٧٠) .

« اذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فان الدين لا ينقضي بالنسبة الى باقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن » (١) .

وقد تتحد الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، ونستعرض في ذلك صورتين :

(الصورة الاولى) أن يموت الدائن فيرثه هذا المدين . ونفرض أن الدين ثلثمائة ، وأن المدينين المتضامنين الثلاثة حصصهم متساوية كما في المثال السابق ، وأن المدين الذي ورث الدائن هو الوارث الوحيد . فتكون الذمتان قد اتحدتا في شخص المدين، وانقضى الدين باتحاد الذمة، فاذا اعتبر المدين نفسه مدينا قد وفى الالتزام التضامني عن نفسه وعن

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٤١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٠ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٧١ وص ٧٣) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٢ /١٦٩ والمادة ٢٠٣/٢٦٧ . وتنص المادة ١١٢/١٦٩ على ما يأتي : « ... واذا اتحدت الذمة بان اتصف الدائن أو احد المدينين الضامنين لبعضهم بصفتي دائن ومدين في آن واحد بدين واحد ، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التي تخص شريكهم في الدين » . وتنص المادة ٢٠٣/٢٦٧ على مايأتي: « اتحاد الذمة يبرىء الكفلاء في الدين ، ولا يخلي المدينين المتضامنين الا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من المدينين » . والحكم واحد ، كما نرى في التقنينين القديم والجديد .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الاخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٨٨ (مطابقة) ـ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٧٥ (مطابقة) ـ وفي التقنين المدني العراقي (المادة ٣٢٥ (مطابقة) ـ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٥ ونصها ما يأتي: «ان اجتماع صفتي الدائن والمديون في شخص الدائن او في شخص احد المديونين لا يسقط الموجب الا فيما يختص بحصة هذا المديون » . (وهذا الحكم مطابق لحكم التقنين المدني المصري) ـ وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٣٥٠ (مطابقة)ـ وفي التقنين المدني الاردني المادة ٤٣٠ ونصها كالاتي . اذا انقضت حصة أحد المدينين المتضامنين في الدين بطريق المقاصة أو اتحاد الذمتين أو الابراء فان الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين الا بقدر حصة هذا المدين » (وهذا النص يتفق في الحكم مع التقنين المدني المصري عدا ما تعلق بالابراء) .

المدينين الآخرين عن طريق اتحاد الذمة ، كان له أن يرجع على شريكيه كل بمقدار حصته ، فيرجع بمائة على كل منهما • واذا اعتبر المدين نفسه قد ورث الدائن فأصبح دائنا مكانه فى الالتزام التضامنى — وهذا هو أفضل الاعتبارين بالنسبة اليه — كان له أن يطـــالب أيا من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصته هو فيه ، فيستوفى من أى منها مائتين ، ويرجع المدين الذى وفى المائتين على شريكه بحصته فى الدين وهى مائة • وهذا ما يقضى به نص المادة ٢٨٨ سالفة الذكر •

(الصورة الثانية) أن يموت المدين فيرثه الدائن • ولو كان الوارث ينتقل اليه دين مورثه ، لاتحدث الذمتان ، ولكنهما تتحدان هنا فى شخص الدائن وبقدر حصة المدين فى الدين • ويبقى للدائن بعد ذلك أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الباقيين بمائتين ويكون بذلك قد استنزل حصة المدين الذى ورثه وهى مائة • ونصل الى نفس النتيجة عمليا لو طبقنا أحكام الشريعة الاسلامية ، حيث لا ينتقل الى الوارث دين مورثه • ذلك أن الدائن فى هذه الحالة ، ولو لم ينقض الدين باتحاد الذمة وبقيت التركة مسئولة عنه ، لا يستطيع أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الآخرين بأكثر من مائتين ، اذ لو طالبه بكل الدين وهو ثلثمائة لجاز للمدين أن يطالب استنزال مائة هى حصة التركة التى ورثها الدائن (١) •

---

(١) واذا كانت التركة معسرة اعسارا جزئيا ، فلم يستطع الدائن الوارث ان يحصل منها الا على خمسين ، فانه يرجع بالباقى من الدين وهو مائتان وخمسون على أى من المدينين الآخرين (الاستاذ اسماعيل غانم احكام الالتزام ص ٢٨٤ هامش رقم ١) •

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد اتحاد الذمة : « يواجه هذا النص حكم اتحاد الذمة بين الدائن واحد مدينيه المتضامنين • ويتحقق ذلك اما من طريق خلافة الثانى للاول ، واما من طريق خلافة الاول للثانى • وفى كلتا الحالتين لا ينقضى الدين الا بقدر حصة هذا المدين فيه • بيد أن للمدين فى الحالة الاولى ، عندما تقوم به صفة الخلافة عن الدائن ، أن يرجع على باقى المدينين بصفتين : فله أن يرجع على كل منهم بقدر حصته بوصفه مدينا من بينهم ، وله كذلك ان يرجع على كل منهم بجملة الدين بعد استنزال حصته بوصفه دائنا له اذ المفروض أنه أصبح خلفا لهذا الدائن • أما فى الحالة الثانية ، حيث تقوم بالدائن صفة الخلافة عن المدين ، فيستبقى الدائن حقه ـ

١٩٣ ـ الابراء : تنص المادة ٢٨٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ـ اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك » .

« ٢ ـ فاذا لم يصدر منه هذا التصريح ، لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه ، الا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين . وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بحصته فى الدين » .

وتنص المادة ٢٩٠ على ما يأتى :

« إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٢٩١ على ما يأتى :

« ١ ـ فى جميع الاحوال التى يبرىء فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين سواء أكان الابراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقا للمادة ٢٩٨ » .

« ٢ ـ على أنه اذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، فان الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر » (١) .

= فى الرجوع على كل من المدينين المتضامنين بجملة الدين بعد استنزال حصة هذا المدين . ويراعى أن هذه الحالة لا تتحقق فى ظل أحكام الشريعة الاسلامية ، حيث يظل للدائن بعد موت مورثه المدين حق الرجوع بالدين كاملا على التركة وعلى كل من المدينين الآخرين » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٧٢) .

(١) **تاريخ النص :**

م ٢٨٩ : ورد هذا النص فى المادة ٤١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ ، تحت رقم ٢٨٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٧٤ ـ ص ٧٥) . =

وهذه النصوص تواجه حالتين :

(الحالة الاولى) أن يبرىء الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين . فاذا اقتصر الدائن على هذا الابراء ، ولم يصرح بغير ذلك ،

= م ٢٩٠ : ورد هذا النص فى المادة ٤١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٠ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٧٦) .

م ٢٩١ : ورد هذا النص فى المادة ٤١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا أن المشروع التمهيدى تضمن العبارة الآتية فى الفقرة الثانية من النص : « على انه اذا ثبت ان الدائن اراد أن يخلى المدين الذى أبرأه من اية مسئولية عن الدين ... » ، فعدلت هذه العبارة فى لجنة المراجعة على الوجه الذى استقر فى التقنين المدنى الجديد « توخيا لايراد الحكم فى صورته الموضوعية دون أن تختص مسألة الاثبات بالذكر » . وأصبحت المادة رقمها ٣٠٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٧ و ص ٨١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق النصوص الآتية :

م ١١٤/ ١٧٠ : اذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين ، ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك بقدر حصة من حصل أبراء ذمته فقط ، ما لم يكن الابراء عاما للجميع ثابتا اذ لا يحكم فيه بالظن .

م ١٨٢/ ٢٤٥ : ابراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يعتبر قاصرا على حصته فقط ، وينقضى الدين بقدرها فقط .

م ١٨٣/ ٢٤٦ : لا يجوز لباقى الشركاء المتضامنين فى الدين أن يطالبوا شريكهم الحاصل له الابراء الا بقدر حصة الشركاء المعسرين اذا اقتضت الحال ذلك .

وهذه الاحكام متفقة مع أحكام التقنين المدنى الجديد . ولم يورد التقنين المدنى السابق حالة الابراء من التضامن ، واوردها التقنين المدنى الجديد فى المادة ٢٩٠ كما رأينا . ولكن التقنين الجديد لم يورد فى هذا الشأن الا ما هو متفق مع القواعد العامة ، فحكم الابراء من التضامن فى التقنين القديم متفق مع حكمة فى التقنين الجديد : الموجز للمؤلف ص ٥١٨) .

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢٨٩ — ٢٩١ مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى م ٢٧٦ — ٢٧٨ — (مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى م ٣٢٦ — ٣٢٨ (وهى مطابقة ، فيما عدا أن المادة ٣٢٦ عراقى — وهى المقابلة للمادة ٢٨٩ مصرى — لاتورد فى فقرتها الثانية العبارة الاخيرة الواردة فى التقنين المصرى : « الا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين ، وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بحصته فى =

افترض أنه أراد ابراء ذمة هذا المدين وحده ، فلا يستطيع أن يطالبه بشيء بعد هذا الابراء ، ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين

= الدين » . وهذه العبارة ليست الا تطبيقا للقواعد العامة ، فيمكن الاخذ بها في العراق دون نص) — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني النصوص الآتية : م ٣٢ — ان اسقاط الدين على أحد المديونين المتضامنين يستفيد منه سائر الموجب عليهم ، الا اذا كان الدائن قد صرح بانه لا يريد اسقاط الدين الا عن ذاك المديون وعلى قدر حصته منه . فعندئذ لا يستفيد المديونون الآخرون الا بنسبة حصة المديون المبرأة ذمته (وفي هذا يختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري ، ففي التقنين المصري ، كما رأينا ، اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك . اما في التقنين اللبناني فابراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يبرىء ذمة الباقين ، مالم يصرح الدائن أنه لم يرد الا ابراء المدين بقدر حصته) — م ٣٣ : ان الدائن الذى يرضى بتجزئة الدين لمصلحة أحد المديونين يبقى له حق الادعاء على الآخرين بمجموع الدين ، اذا لم يشترط العكس (هذا النص موافق في الحكم للمادة ٢٩٠ مصرى) — م ٣٧ : اذا وجد التضامن بين المديونين أمكن كلا منهم ان يبرىء ذمة الآخرين جميعا ... بأن ينال من الدائن اسقاط مجموع الدين (ولا يختلف الحكم في القانون المصري عن هـــذا الحكم) — م ٤٢ : يزول التضامن حين يسقطه الدائن — م ٤٣ : يكون اسقاط التضامن اما عاما وشاملا لجميع المديونين،وأما شخصيامختصا بواحد أو بعدة منهم.فاذاشمل الاسقاط جميع المديونين ، يقسم الموجب فيما بينهم كما يقسم الموجب المتقارن. واذا كان الاسقاط شخصيا مختصا بواحد او بعدة من المديونين ، فان الدائن لا يمكنه أن يطالب الذين أسقط التضامن عنهم الا بنصيبهم ، وانما يحق له ان يقاضي سائر المديونين على وجه التضامن بمبلغ الدين كله . واذا وقع لاحد المديونين الذين لم يشملهم اسقاط التضامن ان اصبح غير مليء فان ســائر المديونين ، وفي جملتهم الذين استفادوا من هذا الاسقاط ، يتحملون ايفـــاء ما يجب عليه من الدين (والمادتان ٤٢ و ٤٣ من التقنين اللبناني توافقـــان في الحكم المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من التقنين المصري) .

في التقنين المدني الكويتي المواد ٣٥١ - ٣٥٣ (مطـــابقة في الحكم للتقنين المدني المصري .

في التقنين المدني الاردني م ٤٢١ : اذا لم يوافق الدائن على ابراء باقي المدينين المتضامنين من الدين ، فليس له ان يطالبهم بغير الباقي بعد خصم حصة هذا المدين الذى أبرأه الا اذ احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين وعندئذ يحق لهم الرجوع على المدين بحصته فيه .

م ٤٣٢ : اذا ابرأ الدائن احد المدينين المتضامنين من التضامن بقي حقه في الرجوع على الباقين بكل الدين ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٤٣٣ اذا ابرأ الدائن احد المدينين المتضامنين من الدين أو التضامن فللباقي المدينين ان يرجعوا على هذا المدين بنصيبه في حصة المعسر منهم =

بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذى أبرأه (١) • ففي المثال السابق — الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية — اذا أبرأ الدائن أحد المدينين ، كان له أن يطالب أيا من المدينين الآخرين بمائتين ، ومن وفى منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة هي حصته من الدين (٢) • فاذا كان هذا الآخر معسرا ، كان للمدين الذى وفى المائتين أن يرجع على المدين الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المعسر وهو خمسون ، ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ هذا المدين أراد يخليه من كل مسئولية عن الدين ، ففي هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر ، ولا يستطيع مطالبة المدين غير المعسر بالمائتين كلها بل يطالبه بمائة وخمسين •

ولكن يجوز للدائن عند ابرائه المدين أن يصرح بما انصرفت اليه نيته بالنسبة الى المدينين الآخرين • فقد يصرح أنه أراد بابرائه لاحد المدينين أن يبرىء الباقين ، وعند ذلك ينقضى الدين بالابراء بالنسبة اليهم جميعا ، ولا يستطيع الدائن بعد ذلك أن يطالب أحدا منهم بشىء ، ولا رجوع لاحد منهم على الآخرين • وقد يصرح ، على النقيض من ذلك، انه لم يرد بابرائه للمدين أن يبرىء المدينين الآخرين حتى من حصة

= الا اذا كان الدائن قد ابرأه من كل مسئولية من الدين فان الدائن يتحمل نصيب هذا فى حصة المعسر •

(هذه النصوص تتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى مع اختلاف العبارة والاسلوب) •

(١) استئناف وطني ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٩٢ — استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٧١ •

(٢) نقض مدنى ١٠ يونية سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥ — على أنه اذا أفلس أحد المدينين المتضامنين ، وتصالح معه الدائن على جزء من الدين وأبراه من الباقى ، فللدائن أن يرجع على أى المدينين المتضامنين الاخرين بكل الدين دون أن يستنزل حصة المدين المفلس فى الجزء الذى أبراه منه الدائن • وهذا ما تنص عليه المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى اذ تقول : « وللمداين مطالبة الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس » (انظر الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٦٥١ — وانظر المادة ٥٤٥ من التقنين التجارى الفرنسى وكولان وكابيتان ٢ فقررة ٧٠٠ ص ٤٧٤) •

المدين الذى أبرأه ، وأنه يحتفظ لنفسه بحق الرجوع عليهم بكل الدين . وفى هذه الحالة لا يطالب الدائن المدين الذى أبرأه بشىء ، لكنه يستطيع أن يطالب أيا من المدينين الآخرين بكل الدين ، أى بثلثمائة ، ولمن دفع منهما أن يرجع على الآخر بمائة وهى حصته من الدين ، ويرجع كذلك على المدين الاول الذى أبرأه الدائن بمائة وهى حصته من الدين هو أيضا . فكأن ابراء الدائن للمدين مع احتفاظه بحقه فى مطالبة الآخرين بكل الدين لا يعفى المدين من دفع حصته ، ولكن لا للدائن ، بل للمدين الذى وفى كل الدين . وقد يجد المدين الذى وفى كل الدين شريكه الآخر معسرا فيرجع فى هذه الحالة على المدين الاول الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المعسر ، وهى خمسون ، فيكون مجموع ما يرجع به عليه مائة وخمسين . وهذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين الاول أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين ، فعند ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر ، كما يتحمل أيضا حصة هذا المدين فى الدين مادام قد أخلاه من كل مسئولية عنه ، ولا يستطيع أن يطالب المدين غير المعسر الا بمائة وخمسين هى حصته من الدين أضيف اليها نصيبه فى حصة المعسر (١) .

---

(١) وتقدير ما انصرف اليه نية الدائن فى الابراء مسالة واقع لا معقب على قاضى الموضوع فيها من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا اختلف احد المدينين المتضامنين مع الدائن فى مدى الابراء الصادر منه وفيما اذا كان يتناول الدين برمته فيستفيد منه كلا المدينين او هو مقصور على المدين الآخر ، وعرضت المحكمة لهذا النزاع وكانت على بينه من كل ما يستند اليه المدين ، ثم خلصت من بحثها وموازنتها بين حجج الطرفين الى ان هذا الابراء خاص باحد المدينين دون الآخر ، وكان ما ذهبت اليه من ذلك سائغا فى تفسير الاقرار وعقد شطب الاختصاص الصادرين من الدائن ولا يتجافى مع ما هو وارد فيهما ، فلا معقب عليها فى ذلك (نقض مدنى ١٠ يونية سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥) .

ولما كان لابراء اسقاطا فهو لا يفترض ، بل يجب ان يستخلص فى وضوح وفى غير ابهام ، واذا تضمنته ورقة مكتوبة وجب ان تكون ممضاة من الدائن او نائب مفوض له فى الابراء (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ص ٩٧) .

(الحالة الثانية) أن يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط (١) • فعندئذ لا يستطيع أن يطالبه الا بحصته في الدين ، وهي المائة (٢) • ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بكل الدين ، أي بثلثمائة ، ومتى وفى أحدهما الدين كله رجع على المدين الآخر بمائة وهي حصته في الدين ، ثم رجع على المدين الأول الذي أبرأه الدائن بمائة وهي حصته في الدين كذلك • فاذا كان المدين الآخر معسرا ، رجع المدين الذي وفى الدين كله على المدين الاول الذي أبرأه الدائن بنصيبه في حصة المعسر تضاف اليه حصته هو في الدين ، فيرجع عليه بمـــائة وخمسين (٣) • وقد يتفق الدائن عند ابرائه للمدين الاول من التضامن ، مع هذا المدين أو مع غيره من المدينين أو معهم جميعا ، على أن يرجع على أي من المدينين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة المدين الذي أبرأه من التضامن ، فيرجع عندئذ على أي منهما بمائتين ، ويرجع المدين الذي وفى المائتين على المدين الآخر بحصته في الدين وهي مائة • فـــاذا كان هذا المدين الآخر معسرا ، رجع المدين الذي وفى المائتين على المدين الذي

---

(١) وقد يكون في محاسبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين عن حصته في الدين نزول ضمني عن التضامن بالنسبة اليه (محكمة مصر الكلية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٥ ص ٢٩٩ — ٣ اكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ١٥٦ ص ٣٢٦ — تعليق الأستاذ سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٦٥٩) • على ان هذا النزول الضمني لا يستخلص حتما ، وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بانه طالب أحـــد المدينين المتضامنين بحصته في الدين وتخالص معه عنها على هذا الوجه ، فليس في ذلك تنازل عن التضامن لمجرد أن المدين قد دفع حصته في الدين ، اذ انه يبقى مع ذلك التزامه بصفته وكيلا عن باقي المدينين وهو التزام يجوز للدائن الرجوع به عليه حتى قبل أن يجرد باقي المدينين من مالهم (٣٠ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٤٦ ص ٩٦٨) •

(٢) قارن في تعيين حصة المدين المبرأ من التضامن بالنسبة الى الدائن الاستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧ •

(٣) انظر في اضطراب نصوص التقنين المدني الفرنسي في هذه المسألة وتضارب آراء الفقهاء الفرنسيين في تفسير المادة ١٢١٠ من هذا التقنين بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٧٩ — فقرة ١٢٨٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٨ ص ٤٤٧ وفقرة ١٠٩٥ •

أبرأه الدائن من التضامن بتصيبة فى حصة المعسر (١) . كل هذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين من التضامن أراد ان يخلية من كــل مسئولية عن الدين فيما عدا حصته منه ؛ فعندئذ ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر ، ولا يرجع على المدين الموسر الا بمائة وخمســين (٢) .

ويلاحظ أن الابراء تصرف قانونى كالتجديد ، ومن ثم يتسع فيهما ؛ كما رأينا ؛ أن تتجه الارادة الى نيات مختلفة . فيقف المشرع عند أحدى هذه النيات يفترض وجودها ، الا اذا قام الدليل على وجود نية أخرى . وهذا بخلاف أسباب الانقضاء الاخرى ـــ المقاصة واتحاد الذمـــة واستحالة التنفيذ والتقادم ـــ فهذه كلها وقائع مادية لا تتسع الا لحكم واحد لا يتغير ؛ كما رأينا فى المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ ؛ وكما سترى فى التقادم (٣) .

---

(١) واذا ابرأ الدائن احد المدينين المتضامنين من التضامن، وعندما أراد الرجوع على باقى المدينين وجدهم جميعا معسرين ، فانه يستطيع الرجوع على المدين الذى ابراه من التضامن بكل الدين ، فان هذا المدين بعد ابرائه من التضامن يلتزم بدفع حصته من الدين ، ثم يلتزم بدفع الباقى على اســاس انه يتحمل حصص المعسرين (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٤٠ ـ كوليه دى سانتير ٥ فقرة ١٥٠ مكررة ثالثا ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٣) .

(٢) انظر فى اختلاف الآراء فى الفقه الفرنسى فى هذه المسالة لعـــدم وضوح نص المادة ١٢١٥ من التقنين المدنى الفرنسى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٢ ـ فقرة ١٢٦٥ .

وانظر فى المادتين ١٢١١ و ١٢١٢ من التقنين المدنى الفرنسى وهمـــا يضعان قرائن قانونية على وقوع الابراء من الدائن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٨٣ ـ فقرة ١٢٨٨ ـ لابنيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٧ ـ ولا محل لتطبيق هذه القرائن القانونية فى مصر ، فان القرينة لابد فيها من نص ولم يورد التقنين المدنى المصرى هذه النصوص ، فالقرينة على الابراء فى القانون المصرى لاتكون الا قضائية (قارن المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٧٨ ـ ص ٧٩) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الابراء ما ياتى : « اذا ابرأ الدائن احد المدينين المتضامنين ، استتبع ذلك براءة ذمته من الدين ، اما الباقون فلا تبرأ ذمتهم الا اذا اعلن الدائن ذلك . فان لم يفعل، بقى كل منهم ملزما باداء الدين بأسره بعد استنزال حصة من ابرىء . بيد ان =

١٩٤ — **التقــادم** : تنص الفقرة الاولى من المادة ٢٩٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= للدائن أن يرجع رغم ذلك على كل من المدينين المتضامنين بكل الدين اذا احتفظ لنفسه بهذا الحق ، ويكون لمن يقوم بالوفاء عن هؤلاء المدينين فى هذه الحالة حق الرجوع على من أبرىء بحصته فى الدين . ويستخلص مما تقدم أن ثمة قرينتين : (الاولى) قرينة انصراف ارادة الدائن الى عدم ابراء سائر المدينين، ما لم يعلن خلاف ذلك . (والثانية) قرينة انصراف ارادة الدائن الى ابراء ذمتهم من حصة المدين الذى صدر الابراء لصالحه ما لم يحتفظ لنفسه بحق الرجوع بجملة الدين . أما اذا اقتصر الدائن على ابراء احـــــد المدينين المتضامنين من التضامن ، فلا ينهض هذا الابراء قرينة على أن نيته قد انصرفت الى ابراء ذمة الباقين من حصة من ابرىء . وعلى ذلك يكون للدائن أن يرجع على كل من هؤلاء المدينين بجملة الدين ما لم يصرح أنه أبرا ذمتهم من حصـــة مـــن صدر الابراء لصالحه . ولا يجـــــوز له فى أى حال أن يرجع على من ابرىء من التضامن الا بقدر حصـــته فى الـــــدين ......

ويستخلص مما تقدم أن الدائن اذا أبرا احد المدينين المتضامنين من الـدين أو من التضامن ، فله أن يرجع على كل من الباقين بكل الدين ، بعد استنزال حصة من أبرىء أو دون استنزال هذه الحصة ، ولا يكون لمن يقوم بالوفاء من المدينين بجملة الدين بعد استنزال حصة المدين الذى ابراه الدائن أن يرجع بشىء على هذا المدين ، ولكن يثبت له حق الرجوع بحصته لو انه قام بالوفاء بجملة الدين دون أن يستنزل تلك الحصة ، فلو فرض مثلا أن مدينين أربعة التزموا على وجه التضامن بالوفاء بدين قدره ١٢٠٠ جنيه ، وأن دائنهم أبرا احدهم من الدين أو من التضامن ، فلهذا الدائن أن يرجع على كل من الثلاثـة الباقين بمبلغ ٩٠٠ جنيه أو بمبلغ ١٢٠٠ جنيه على حسب الاحوال . فاذا اقتصر احد هؤلاء الثلاثة على الوفاء بمبلغ ٩٠٠ جنيه ، فليس له الرجوع بشىء على من أبرىء . أما اذا أدى مبلغ ١٢٠٠ جنيه فله أن يرجع عليه بمبلغ ٣٠٠ جنيه . وله أن يرجع فى كلتا الحالتين ، على كل من المدينين الآخرين بمبلغ ٣٠٠ جنيه .ولو فرض أن احد هذين المدينين معسر لا مال له ، فلا يكون لمن قام بالوفاء الا أن يرجع على المدين الموسر وفى هذه الحالة يتحمل من أبرىء من المدينين ، سواء الزم بأداء مبلغ ٣٠٠ جنيه أم برئت ذمته براءة تامة ، نصيبه فى تبعة هذا الاعسار ، فيؤدى فضلا عن حصته فى الدين (مبلغ ٣٠٠ جنيه) مبلغ ١٠٠ جنيه عند الاقتضاء وهو نصيبه فى حصة المعسر . على أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد تفسير لنية المتعاقدين ، فهو يقوم على قرينة يجوز نقض دلالتها باثبات العكس . فاذا اثبت من أبرىء من المدينين أن ارادة الدائن قد انصرفت الى ابرائه من كل مسئوليته عن الدين ، تحمل الدائن نصيب هذا المدين فى تبعة اعسار من يعسر من المدينين المتضامنين : وهو مبلغ ١٠٠ جنيه فى الفرض الذى تقدمت الاشارة اليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٨ — ص ٨٠) .

« اذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين الا بقدر حصة هذا المدين (١) » .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٣١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « اذا انقضى الدين بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين بسبب التقادم ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين . على أنه اذا اجبر احد المدينين على وفاء الدين ، كان له حق الرجوع على الباقين ، حتى من انقضى التزامه بالتقادم » . وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلا جعل حكمه متفقا مع الاحكام الاخرى الخاصة باسباب انقضاء الالتزام ، وأصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١/٣٠٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٢ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ وص ٨٤ ـ ص ٨٥) .

ولم يرد لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه لما لم يكن الا تقريرا للمبدأ العام الذى أخذ به هذا التقنين ، فقد كان يمكن العمل به فى عهده . وكانت المادة ٢٧١/٢٠٧ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : « اذا ترك احد المدينين المتضامنين أو المدين الاصلى حقه فى التمسك بمضى المدة الموجب لتخلصه من الدين ، فلا يضر ذلك بباقى المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزاماتهم بمضى المدة » . وهذا الحكم ، كما سنرى ، يمكن الاخذ به فى عهد التقنين المدنى الجديد ، فهو موافق للمبدأ العام المقرر فى هذا التقنين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٢٩٢ (وهى مطابقة) ـ وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٢٧٩ (وهى مطابقة) ـ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٣٢٩ ونصها كالآتى : « اذا كانت دعوى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم ، استفاد من ذلك باقى المدينين بقدر حصة المدين الذى لايجوز سماع الدعوى ضده » (وحكم هذا النص موافق لحكم التقنين المصرى) ـ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤٧ ونصها كالآتى : « يحق لكل مديون متضامن وللكفيل الادلاء بمرور الزمن تجاه الدائن ، كما يحق لدائن آخر للمديون أن يدلى به على الطريقة غير المباشرة » (ولم يبين النص فى وضوح الحكم فيما اذا تمسك أحد المدينين المتضامنين بالتقادم الذى تم لمصلحة مدين آخر . ولكن يظهر من نص المادة ٣٦١ ـ وتنص على « أن حكم مرور الزمن لايقتصر على اسقاط حق الدائن فى اقامة الدعوى ، بل يسقط ايضا الموجب نفسه ، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه ، لا باقامة دعوى ولا بتقديم دفع » ـ أن التقادم يبرىء ذمة باقى المدينين المتضامنين ، وان كان الأمر غير واضح وضوحا كافيا . فان صح هذا التفسير فان التقنين اللبنانى يختلف حكمه فى هذه المسألة عن حكم التقنين المصرى) ـ وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ١/٣٥٤ ونصها كالآتى : « اذا امتنع سماع الدعوى بمرور الزمان بالنسبة الى احد المدينين المتضامنين فلايستفيد من ذلك باقى المدينين =

ويمكن أن نتصور انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين دون الآخرين فى فروض مختلفة • من ذلك أن يكون الدائن قد قطع التقادم بالنسبة الى المدينين المتضامنين ماعدا واحدا منهم أغفل أن يقطع التقادم بالنسبة اليه ، وسنرى أن قطع التقادم بالنسبة الى بعض المدينين المتضامنين لايعتبر قطعا للتقادم بالنسبة الى الآخرين• فيستمر التقادم فى سريانه بالنسبة الى هذا المدين ، وقد يكتمل دون أن يكتمل التقادم الذى انقطع بالنسبة الى المدينين الآخرين •ومن ذلك أيضا أن يكون أحد المدينين المتضامنين دينه مؤجلا ، والثانى دينه معلق على شرط ، والثالث منجز ، فلا يسرى التقادم بالنسبة الى الاولين الا بعد حلول الاجل والا بعد تحقق الشرط ، ويسرى التقادم فورا بالنسبة الى الثالث فيكتمل فى وقت لم يكتمل فيه بالنسبة الى الاولين •

فاذا وقع ذلك ، وانقضى الدين بالتقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين دون أن ينقضى بالنسبة الى الآخرين ، فان الدائن لا يستطيع أن يطالب من انقضى دينه بالتقادم بشىء بعد انقضاء دينه • ولكن يستطيع مطالبة أيا من المدينين الآخرين الذين لم ينقض دينهم بالدين بعد أن يستنزل منه حصة المدين الذى انقضى دينه بالتقادم (١) • ففى المثل السابق — الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية — اذا انقضى دين الاول بالتقادم ، فان الدائن يرجع على أى

= الا بقدر حصة هذا الدين » (وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى) — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ١/٤٣٤ ونصها كالآتى : « عدم سماع الدعوى لمرور الزمان بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين لايفيد باقى المدينين الا بقدر حصة ذلك المدين » (وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ١/٣٨٧ من القانون المدنى أن ابداء الدفع بالتقادم المسقط قاصر على من له مصلحة فيه • ولاينتج هذا الدفع أثره الا فى حق من تمسك به • وانه وان جاز للمدين المتضامن طبقا للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة الى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين الا أنه اذا أبدى احد المدينين هذا الدفع فأن اثره لايتعدى الى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به :نقض مدنى فى ٢ ابريل سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٠١ ص ٦٨٩ •

من المدينين الآخرين بمائتين ، ومن دفع منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة وهى حصته فى الدين (١) •

فاذا كان من دفع المائتين عند رجوعه على الآخر بالمائة وجـــده معسرا ، فانه يرجع على المدين الذى انقضى دينه بالتقادم بنصيبه فى حصة المدين المعسر ، أى يرجع عليه بخمسين ، ويتحمل هو فى النهاية مائة وخمسين هى حصته فى الدين أضيف اليها نصيبه هو فى حصة المدين المعسر • ولا يعترض على هذا الحكم بأن المدين الذى انقضى دينـــه بالتقادم لا يجوز الرجوع عليه بشىء بعد أن انقضى دينه ، ذلك لان المدين الذى دفع المائتين لا يرجع عليه بالدين القديم الذى انقضى بالتقادم ، وانما يرجع عليه بدعوى الوكالة أو الفضالة كما سنرى ، وهذه الدعوى لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة اليها الا من وقت دفع المائتين • ونرى من ذلك أن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم ، اذا هو أمن مطالبة الدائن له ، فانه لا يأمن رجوع مدين آخر يطالبه بنصيبه فى حصة مدين معسر ، ولا يستطيع أن يتخلص من هذه المطالبة بالرغم من تقادم دينه الاصلى •

---

(١) أما فى القانون الفرنسى فمن الفقهاء من يذهب الى هذا الرأى (كولميه دى سانتير ٥ فقرة ١٤٢ مكررة خامسا ـ لوران ١٧ فقرة ٣٣٥) ، ومنهم من يذهب الى أن المدين المتضامن يحتج بالتقادم الذى اكتمل بالنسبة الى مدين غيره ، لا بقدر حصة هذا المدين فحسب ، بل بكل الدين ، فتبرا ذمة المدينين جميعا اذا اكتمل التقادم بالنسبة الى احدهم ولو لم يتكامل بالنسبة الى الآخرين (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١٣ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٢ ـ فقرة ١٢٥٣) •

ويجب التمسك بالتقادم ، اما من المدين الذى انقضى دينه به ، واما من مدين آخر اذا بدأ الدائن بالرجوع عليه قبل الأول (الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٩ ـ الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٢ ص ٢٨٧) • واذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة الى الجميع ، ثم لم يتمسك أحدهم به أو نزل عنه ، فسنرى (انظر مايلى فقرة ١٩٦) أن ذلك لايضر بالآخرين (انظر أيضا المادة ٢٧١/٢٠٧ من التقنين المدنى السابق ـ وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٩) • كذلك اذا اكتمل التقادم لاحد المدينين ، ورجع الدائن على مدين غيره فلم يتمسك هذا بالتقادم ليستنزل حصة المدين الذى تقادم دينه، بل دفع الدين كله ، فليس له أن يرجع على المدين الذى تقادم دينه بحصته فى الدين (الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٨٧ هامش رقم ٢) •

٣ ــ الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين

١٩٥ ــ **المبدأ العام** : قدمنا أن للتضامن آثار ثانوية (effets secondaires) ترجع الى قيام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين، بموجبها يكون كل مدين متضامن ممثلا للآخرين ونائبا عنهم فيما ينفعهم لافيما يضرهم (١) .

---

(١) أما فى فرنسا فالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين كانت معروفة منذ عهد القانون الفرنسى القديم ، قال بها ديمولان وبوتييه من بعده، ثم تبعهما فى ذلك فقهاء القانون الفرنسى الحديث . والنيابة التبادلية ، كما هى مفهومة فى فرنسا فى العصر الحاضر ، وكما كانت مفهومة فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق تبعا للفقه الفرنسى تقضى بأن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما يحفظ الالتزام ، وفيما يستبقيه ، لا فيما يزيد من عبئه (ad conslrvondam vel perpertaandam nonadaugendam) ومن ثم يكون اعذار أحد المدينين المتضامنين اعذارا للباقين ، وتكون مطالبته القضائية مطالبة الباقين ، ويكون قطع التقادم بالنسبة اليه قطعا للتقادم بالنسبة الى الباقين ، ويكون الحكم عليه حكما على الباقين ، وفى هذا كله مثل المدين المتضامن سائر المدينين فيما يضر وان كان لايزيد من عبء الالتزام . على أن من يراجع نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى التضامن ، وتضارب آراء الفقهاء فى تفسيرها ، يدرك ان هذه النصوص لم تنتظمها وحدة دقيقة من منطق منسجم . انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٣ ــ بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٨٣ ص ٤٥٤ ــ ص ٤٥٥ . وقد التزم التقنين المدنى المصرى الجديد فى نصوصه التى أوردها فى هذا الموضوع الهام كما سنرى ، هذه الوحدة الدقيقة ، ولم يحد عنها فى أى نص ، اذ جعل النيابة التبادلية تقوم فى جميع الاحوال فيما ينفع سائر المدينين المتضامنين لا فيما يضرهم ، فتمحضت هذه النيابة لمصلحة المدينين .

ويذهب دى باج أن فكرة النيابة التبادلية فى القانون الفرنسى تهدف الى غرض عملى محض ، هو تقوية التضامن وجملهينتج ابد الآثار لمصلحة الدائن فيستطيع هذا باجراء يتخذه قبل مدين واحد أن يحدث الآثار التى تنتج فيما لو اتخذ هذا الاجراء قبل جميع المدينين (دى باج ٣ فقرة ٣٥٨ ص ٣٢٧) . واذا اخذنا بهذا الراى ، تبين أن فكرة النيابة التبادلية فى فرنسا انما هى لتقوية ضمان الدائن ، أما فى مصر فقد أصبحت فى عهد التقنين المدنى الجديد متمحضة لمصلحة المدينين (انظر الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٣ ص ٢٩٠) .

ويستعرض بودرى وبارد التقنينات الأجنبية المختلفة ، فيما يتعلق بآثار التضامن ، ليقارن فيما بينها . فبعضها يسير على غرار التقنين الفرنسى ، كما هى الحال فى التقنين البرتغالى وفى التقنين الشيلى وفى التقنين المصرى =

وقد طبق التقنين المدنى هذا المبدأ العام تطبيقات تشريعية مختلفة :

١ - فاذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، لم يضر ذلك بباقى المدينين ولم يجز للدائن أن يتمسك بقطع التقادم أو بوقفه قبلهم .

٢ - واذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأ فى تنفيذ التزامه يستوجب مسئوليته ، لم يضر ذلك بباقى المدينين .

٣ - واذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو طالبه مطالبة قضائية ، لم يضر ذلك المدينين الآخرين ، ولم ينتج الاعذار أو المطالبة القضائية أثرا بالنسبة اليهم . لكن اذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، نفع هذا باقيهم وأفادوا من هذا الاعذار .

= السابق . وبعضها يوسع فى آثار التضامن ويزيد فيها على التقنين الفرنسى كما فعل التقنين الأسبانى اذ جعل سائر المدينين المتضامنين مسئولين عن خطأ أحدهم ، وكما فعل التقنين الارجنتينى اذ جعل اتحاد الذمة يقضى الدين كله بالنسبة الى جميع المدينين ، وكما فعل التقنين الايطالى السابق اذ جعل كل مدين يحتج بقدر حصته فى الدين بالمقاصة التى وقعت لأحد منهم ؛ وبعضها يضيق من آثار التضامن ، وقد فعل ذلك بنوع خاص التقنين الالمانى . ففى هذ التقنين لا اثر للتضامن الا فيما يتعلق بالوفاء والوفاء بمقابل والمقاصة ، أما الاعذار والخطأ واستحالة التنفيذ والتقادم وقطعه ووقفه واتحاد الذمة والحكم فلا اثر للتضامن فيها . فالتقنين الالمانى يستبعد فكرة النيابة التبادلية ويضيق كثيرا من الآثار الاخرى للتضامن ، ولكنه من جهة أخرى يوسع من حالاته : فالتضامن يفترض فى العقد ، والورثة متضامنون فى تنفيذ التزامات المورث . ويتضح من ذلك ألا محل فى التقنين الألمانى للتمييز بين التضامن الكامل والتضامن الناقص ، ما دامت فكرة النيابة التبادلية ، وهى التى تميز بين النوعين ، قد استبعدت . والتقنين السويسرى يقرر أن المدين المتضامن لايستطيع بعمله أن يسوىء مركز المدينين الآخرين ، فمطالبة أحد المدينين بالفوائد لايجعلها تسرى فى حق الاخرين ، ولكن قطع التقادم بالنسبة الى أحد المدينين يقطعه بالنسبة الى الباقين لتوقى مضاعفة مصروفات قطع التقادم . ويوسع التقنين السويسرى هو أيضا من حالات التضامن ، فالوكلاء وحافظو الوديعة متضامنون اذا تعددوا ، ولكنه لا يفترض التضامن فى العقد بوجه عام (انظر فى كل ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٠٧ فقرة ١٣١١ - وانظر فى المقارنة بين التقنين الفرنسى والتقنين الالمانى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٨) .

٤ - واذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى أو أى نفع للمدين ، أفاد الباقون من ذلك . أما اذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمة المدين التزاما جديدا أو يزيد فيما هو ملتزم به أو يسوىء مركزه على أية صورة من الصور ، فان هذا الصلح لا يضر الباقين ولا ينفذ فى حقهم الا اذا قبلوه .

٥ - واذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، لم يضر هذا الاقرار بباقى المدينين واقتصرت حجيته على المقر دون أن تسرى فى حق الباقين . أما اذا أقر الدائن لاحد المدينين المتضامنين ، أفاد الباقون من اقراره .

٦ - واذا وجه الدائن اليمين الى أحد المدينين المتضامنين دون غيره فحلف ، أفاد باقى المدينين من ذلك . أما اذا نكل ، لم يضار بنكوله الباقون . كذلك اذا وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين الى الدائن فحلف ، لم يضار بذلك باقى المدينين . أما اذا نكل ، أفاد من نكوله الباقون .

٧ - واذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، لم يسر هذا الحكم فى حق الباقين ولم يحتج به عليهم . أما اذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، أفاد الباقون منه ، الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه (١) .

هذه هى التطبيقات التشريعية للمبدأ العام السالف الذكر ، نستعرضها على التعاقب تفصيلا فيمايلى . وقد سبقت الاشارة الى أن هذه الآثار الثانوية للتضامن السلبى لاتحدث فيما أسميناه بالالتزام التضاممى (Obligation in solidum) ، ففى هذا الالتزام

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٨٣ .

لاتكون هناك نيابة تبادلية بين المدينين المتعددين ، اذ لاتوجد رابطة مشتركة بينهم أكثر من أن كلا منهم مدين بنفس الدين ، فاذا أعذر أحدهم الدائن لم يفد الباقون من ذلك ، واذا أعذر الدائن لم يسر الاعذار فى حق الباقين . واذا اقر الدائن لأحدهم لم يفد الباقون من الاقرار ، واذا أقر أحدهم للدائن لم يسر الاقرار فى حق الباقين . وقل مثل ذلك فى سائر الآثار الثانوية .

١٩٦ ــ انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين : تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« واذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين (١) » .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية للمادة ٤١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٤/٢ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٩٢/٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ وص ٨٤ ص ٨٥) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٠/١٦٦ ، ونصها ما يأتى : « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية واقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين » . وقد كتبنا فى الموجز فى عهد التقنين المدنى السابق فى هذا الصدد ما يأتى : « والفكرة الاخرى الجوهرية فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم بالبعض الآخر هى النيابة التبادلية . فكل مدين نائب عن بقية المدينين فيما لا يزيد من عبء الالتزام . والى هذا تشير المادتان ١١١/١٦٧ : لا يجوز لاحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين . فاذا كان الدين غير قابل للتحويل ، وقبل تحويله أحد المدينين المتضامنين ، فلا يسرى هذا القبول على المدينين الآخرين، اذ لا نيابة فيما يزيد عبء الالتزام . كذلك اذا قبل أحد المدينين المتضامنين أن يدفع فوائد لم يكن ملزما بدفعها ، أو أن يزيد فى الفوائد التى التزم بدفعها ، فان هذه الزيادة فى عبء الدين لا تسرى فى حق المدينين الآخرين . أما فى حدود الالتزام ، فكل مدين نائب عن المدينين الآخرين ، وتترتب على هذه النيابة التبادلية النتائج الاتية : ١ ــ اعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين يعتبر اعذار للباقين ، وتتولد اثار الاعذار بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين ، بما فى ذلك التعويض عن التأخر وضمان الهلاك ٢ ــ مطالبة الدائن لاحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية تعتبر مطالبة للباقين ، وتتولد اثار =

قد يقطع الدائن التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتقاضـــية ، بأن يطالبه بالدين مطالبة قضائية أو يرسل اليه تنبيهاً (commandement)

= المطالبة القضائية بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين،بمافىذلك قطعسريان التقادم واستحقاق الفوائد.والى هاتين النتيجتين تشير المادتان ١١٠/ ١١: مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية واقامة الدعوى عليه بالـدين الباقى ، الا اذا ثبت ان المين المحكوم عليه متواطىء مع الدائن أو أنه اهملفى الباقى ، الا اذا ثبت ان المدين المحكوم عليه متواطىء مع الدائن أو أنه اهمل فى الدفاع عن حقه أو ثبت أن احد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفوع خاصةبه ومن باب أولى اذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، استفاد منه الباقى ، وقد رأينا تطبيق هذا المبدأ فى تضامن الدائنين . فالقاعدة اذن أن المدين المتضامن أو الدائن المتضامن يمثل شركاءه المتضامنين معه فى الدعوى التى يدخل طرفا فيها ، فاذا حكم له أو عليه تعدى أثر هذا الحكم الى شركائه بفضل هذه النيابة التبادلية . الا أن هؤلاء الشركاء يستطيعون أن يدفعوا عنهم أثر حكم لم يصدر لصالحهم ، اذا أثبتوا أن شريكهم الذى دخل طرفا فى الدعوى قد تواطأ مع من صدر الحكملصلحته ،أوانه اهمل فىالدفاع عن حقه ،ويستطيع أحد الشركاء كذلك ان يدفع عنه أثر الحكم اذا ثبت أن عنده دفوعاً خاصة به من شأنها أن تحول الحكم لمصلحته . ومعنى أن الحكم على أحد المدينين المتضامنين أوله حكم على الباقى أولهم أن هذا الحكم يكون حجة عليهم أولهم ، وليس معناه أن المدين المتضامن الذى لم يكن طرفا فى الدعوى ينفذ عليه أو ينفذ بمقتضى هذا الحكم . واذا صدر الحكم لصالح الدائن فى مواجهـــــة جميع المدينين المتضامنين فانالمعارضة أو الاستئناف أو النقضالذى يرفعه احد هؤلاءالمدينين يفيد الباقين حتى لو لم يطعنوا فى الحكم بأنفسهم » (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٠) ـ انظر أيضاً المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمـــال التحضيرية ٣ ص ٨٣ .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين المدنى السابق كـــان يتضمن مبدأ يقضى بالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين والدائنين المتضامنين لا فيما ينفع فحسب ، بل أيضا فيما يضر ، الا اذا كان فى ذلك زيادة فى عبء الدين كأن تزيد فوائده أو أن يصبح قابلا للتحويل (استئناف أهلى ١٧ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٨ ـ استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢١) . أما ما ينتج من الآثار من اعذار والمطالبة القضـــائية . كاستحقاق التعويض وتحمل تبعه الهلاك وسريان الفوائد وقطع التقادم ،فهذا كله لا يعتبر زيادة فى عبء الدين ، اذ هو من النتائج الطبيعية ذاته ، وهو وان كان ضارا بالمدينين المتضامنين الآخرين الا أنه يسرى فى حقهم بمقتضىهذه النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر الا ما يزيد فى عبء الدين . وقد جارى التقنين المدنى السابق فى كل هذا الفقه الفرنسى ، كما بينا فيما تقدم .

ويتضح من ذلك أن الآثار الثانويةللتضامن ـ وهى التى نحنبصددها =

أو يوقع عليه حجزا أو يحصل منه على اقرار بالدين أو يقوم بأى عمل آخر من الأعمال التى تقطع التقادم (م ٣٨٣ ـ ٣٨٤ مدنى) . ولماكان هذا المدين لا يمثل باقى المدينين ولا ينوب عنهم فى الأعمال التىتضر

= يختلف فيها التقنين السابق عن التقنين الجديد . ففى التقنين السابق،قطع التقادم ووقفه فى حق أحد المدينين المتضامنين يكون قطعا للتقادم ووقفا لـه فى حق الاخرين ، واعذار أحد المدينين المتضامنين او مطالبته مطالبة قضائية يسرى فى حق المدينين الاخرين ، وكذلك يحتج بالحكم الصادر فى مواجهة احد المدينين المتضامنين وبالاجراءات الصحيحة المتخذة قبله على الباقين (استئناف مصر ١٥ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٨ ص ٥٢٤ ـ الجيزة ٤ يناير سنة ١٩٣٩ . المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٧٦ ـ استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٣٢ ـ ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٤٩ ـ ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٥ص ٨٨ ـ ٢٧ أبريلسنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٩٣ ص ٢٣٥ ـ ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٩ ـ ١٦ مارس سنة١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٤٦ ـ ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٨ . ولكن انظر عكسذلك: استئناف مصر ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩١ ص ١١٦٢ ـ استئناف أسيوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١١٣) .

وفيما استحدثه التقنين الجديد من أحكام فى هذا الشأن لايسرى هـذا التقنين بأثر رجعى ، فتبقى أحكام التقنين السابق سارية على الالتزامات التضامنية التى نشأت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ولو صدر الاعذار او وقعت المطالبة القضائية أو قطع التقادم أو صدر الحكم بعد هذا التاريخ ، اذ العبرة بتاريخ نشوء الالتزام التضامنى ، فهو ينشأ خاضعا للنظام القانونى الـذى كان ساريا وقت نشوئه .

ويقابل نص المادة ٢/٢٩٢ من التقنين المدنى المصرى الجديد فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٢٩٢ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢/٢٧٩ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٣٢٩ (وهى مطابقة) .

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٦/٢و٣ ، وتجريان على الوجه الآتى :

ان الأسباب التى توقف حكم مرور الزمن يمكن ابقاؤها شخصية ومختصة بأحد الدائنين . ولكن الأسباب التى تقطع مرور الزمن بالنظر الى أحد المديونين المتضامنين تقطعه أيضا بالنظر الى الآخرين ـ ويختلف التقنين اللبنانى ، كما نرى ، فى قطع التقادم عن التقنين المصرى . ففى التقنين اللبنانى ـ كما كان الأمر فى التقنين المصرى السابق وكما هو الأمر الآن فى التقنين الفرنسى ـ قطع التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين يقطعه بالنسبة الى الباقين.

وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٢/٣٥٤ ونصها كالاتى : « واذا =

بهم ؛ وكان قطع التقادم ضارا بهم اذ آن من مصلحتهم أن يستمر التقادم فى سريانه ولا ينقطع ، فان التقادم فى هذه الحالة لاينقطع الا بالنسبة الى المدين الذى قطع الدائن التقادم معه وحده ، ويستمر التقادم ساريا بالنسبة الى الباقى حتى يكتمل • ومن ثم جاز أن يكتمل التقادم فى حق بعض المدينين المتضامنين دون أن يكتمل فى حق بعض آخر ، كما رأينا فيما تقدم • ومن أجل ذلك أيضا اذا أراد الدائن أن يقطع التقادم فى حق جميع المدينين المتضامنين وجب عليه أن يتخذ اجراء قطع التقادم بالنسبة الى كل منهم حتى ينقطع التقادم فى حق الجميع (١) • وقد قدمنا مثل ذلك فى التضامن الايجابى ولكن بنتيجة عكسية ، فاذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم فى حق المدين ،أفاد هذا العمل باقى الدائنين ، وانقطع التقادم لصلحة الجميع (٢) •

وقد يقف التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين دون الباقى • ويتحقق ذلك مثلا بأن تكون زوجة دائنة لزوجها ومعه مدينون آخرون متضامنون فى نفس الدين ، أو بأن يكون قاصر دائنا لوصيه ومع الوصى مدينون آخرون متضامنون • ففى هذه الحالة يقف التقادم بين الزوجة وزوجها لقيام المانع الأدبى (م ١/٣٨٢ مدنى) ، وبين القاصر ووصيه لقيام علاقة الأصيل بالنائب (م ١/٣٨٢ مدنى) ولماكان وقف التقادم ضارا بالمدينين المتضامنين الآخرين ، فان المدين الذى وقف التقادم فى حقه لايكون ممثلاللباقين فيما يضرهم ، ومن ثم لايقف

= انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أو وقف سريانها بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن ان يتمسك بذلك قبل باقى المدينين» (وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى) — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٢/٤٢٤ ونصها كالاتى : « واذا انقطع مرور الزمان أو وقف سريانه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين فليس للدائن انيتمسك بذلك قبل الباقين » (وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى) •

(١) أما فى فرنسا فقطع التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين يكون قطعا للتقادم بالنسبة الى الباقين (المادة ١٢٠٦ من التقنين المدنى الفرنسى وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٤ — فقرة ١٢٢١) • ولكن وقف التقادمبالنسبة الى أحدهم لا يكون وقفا له بالنسبة الى الباقين (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٢٢ — فقرة ١٢٢٣) •

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٤ •

التقادم فى حق المدينين المتضامنين الآخرين وان وقف فى حق الزوج وفى حق الوصى . هذا الى أن أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفى الالتزام ، فيقتصر أثرها عليهما . فلابـد اذن من أن يقوم سبب وقف التقادم فى حق كل مدين متضامن على حدة ، حتى يقف فى حق الجميع. ومن هنا جـاز أيضا أن يكتمـل التقادم بالنسـبة الى بعض المدينين المتضامنين ، دون أن يكتمل بالنسبة الى بعض آخر ، بأن يكون موقوفا بالنسبة الى هذا البعض وحده . اما فى التضامن الايجابى ، فقد رأينا أنه اذا قام بأحد الدائنين المتضامنين سبب لوقف التقادم ، فان التقادم يقف بالنسبة اليه وحده دون سائر الدائنين المتضامنين ، وان كان وقف التقادم يفيدهم وكان ينبغى وفقا للمبدأ العام أنيتعدى أثره اليهم ، ولكن لما كانت أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفى الالتزام ، فان الأثر يقتصر على من قام بشخصه سبب الوقف (١) .

هذا وقد يقع أن يتمسك بعض المدينين المتضامنين بالتقادم دون بعض آخر ، فى غـير صـورتى انقطاع التقادم ووقفه . اذ يجـوز أن يكتمل التقادم بالنسبة الى جميع المدينين المتضامنين ، ويستطيع كل منهم أن يدفع بسقوط الدين بالتقادم ، ولكن لماكان لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يدفع به المدين (م ٣٨٧ مدنى) ، فقديترك بعض المدينين المتضامنين هذا الدفع فلايسقط الدين بالتقادم بالنسبة اليهم . وفى هذه الحالة يكون ترك الدفع بالتقادم من بعض المدينين ضارا بالباقى ، فلايسرى فى حقهم ، ويجوز أن يدفعواهم بالتقادم بالرغم من ترك الآخرين لهذا الدفع . وقـد كان فى التقنين المدنى السابق نص صريح فى هذا المعنى ، وهو يقضى بأنه « اذا ترك أحد المدينين المتضامنين أو المدين الأصلى حقه فى التمسك بمضى المدة الموجبـة لتخلصه من الدين ، فلايضر ذلك بباقى المدينين المتضامنين وبالكفيـل الذين تخلصوا مـن التزامهم بمضى المـدة » (٢٠٧/٢٢٧

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٤ .

مدنى قديم (١) • ولكن لماكان هذا الحكم ليس الا تطبيقا للمبدأ العام السالف الذكر ، فانه واجب التطبيق دون نص فى عهد التقنين المدنى الجــــديد (٢) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان النيابة المتبادلة التى افترضها القانون بين المدينين المتضامنين تقوم فى احوالها الواردة بالتقنين المدنى الحالى على ان كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما ينفعهم لافيما يضرهم • وانه وان كان التقنين المدنى السابق يتضمنقيام هذه النيابةفيما ينفع وفيما يضر الا مايزيد من عبء الالتزام اعتبارا بان ما يتخذ فى سبيل المحافظة على الالتزام واستيفائه هومن نتائجة الطبيعية التى تسرى فى حقهم ولو كانت ضاره بهم كما هو الشأن فى قطع التقادم ، الا ان هذه النيابة المتبادلة على اختلاف سعتها فى القانونين لاتمتد حدودها فى كل منهما الى ما يعتبر زيادة فى عبء الالتزام على بعض المدينين المتضامنين بفعل الآخرين منهم كما أن المادة ٢٠٧ من القانون المدنى القديم اذ تنص على أن « ترك احد المدينين حقه فى التمسك بمضى المدة لايضر بالباقين » فان مودى هذا النص ان اقرار أحد المدينين المتضامنين بالدين بعد ان اكتملت مدة سقوطه لا يسرى فى حق الباقين : نقض مدنى فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٤٢ ص ١٧٠٥ •

(٢) واذا كان قطع التقادم بالنسبة الى احد المدينين المتضامنين لايكون قطعا له بالنسبة الى الآخرين ، فمن باب اولى لا يكون قطع التقادم بالنسبة الى الكفيل ولو كان متضامنا مع المدين الأصلى قطعا للتقادم بالنسبة الى المدين الاصلى • وهذا الحكم صحيح حتى فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان قطع التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين قطعا له بالنسبة الى الباقى ، وذلك لأن التزام الكفيل ـ ولو كان متضامنا ـ التزام تبعى ، فلا يستلزم قطع التقادم بالنسبة اليه قطعه بالنسبةالى المدين الأصلى • وقد قضت محكمةالنقض بأن حكم المادة ١١٠ من القانون المدنى (السابق) يسرى فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠) • وقضت أيضا فى هذا المعنى بأن ماورد فى المادة ١١٠ من القانون المدنى (السابق) من أن « مطالبة احد المدينين المتضامنينمطالبة رسمية واقامة الدعوى بالدين يسريان على باقى المدينين » هو استثناء مـــن الأصل الذى من مقتضاه أن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة الرسمية بالدين لايتعدى أثره من وجه اليه الطلب ، فلا يجوز أن يسوى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن ، لأن تضامن الكفيل مع المدين لايصيره مدينا أصليا ، بل يبقى التزامه تبعيا ، وينبنى على كون التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين أنه ينقضى حتما بانقضائه ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة الى الكفيل، ولا فرق فى هذا بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن • اذن فمتى كان الحكم المطعون فيه أسس قضاءه على أن الدعوى رفعت على الضامن المتضامن وعلى ان رفع الدعوى على الضامن المتضامن يقطع التقادم بالنسبة اليه والى =

١٩٧ — خطأ أحد المدينين المتضامنين فى تنفيذ التزامه : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٣ مدنى على مايأتى :

« لايكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيـذ الالتزام الا عن فعله » (١) . وهذا تطبيق آخر لاستبعاد مبدأ النيابة التبادلية فيما

= المدينين على السواء كان هذا خطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٤ ابريل سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١٦٣ ص ٩١٩ . انظـر عكس ذلك : بنى سويف ٣٠ يونية سنة١٩٢٩المحاماة ٩ رقم ٦٠٥ ص١١١٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الذى يصدر على الكفيل المتضامن لايعتبر حجة على المدين اذا لم يكن مختصما فى الدعوى وذلك سواء فى القانون المدنى الملغى او فى القانون القائم ، فقد استقر قضاء محكمة النقض فى ظـل القانون الملغى على ان حكم المادة ١١٠منه الذى يقضى بأن مطالبه احد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية واقامة الدعـوى عليه بالدين بسريانه على باقى المدينين ، هذا الحكم لايسرى الا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ولا يجوز ان يسوى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لايصيره مدينا اصليا بل يبقى التزامه تبعيا . اما القانون القائم فقد نص فى المادة ٢٩٦ منه على أنه اذا صدر حكم على احد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ومقتضى ذلك انه حتى فيما بين المدينين المتضامنين انفسهم لايعتبر الحكم الصادر ضد احدهم حجة على باقيهم ومن باب اولى لايكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين : نقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكـام النقض السنة ١٩ رقم ٥١ ص ٣٣٧ .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى صدر المادة ٤١٧ مـن المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وذكر فى هذه اللجنة أن المقصود بكلمة « فعله » هو كل فعل يعزى الى أحد المدينين ويسأل عنه هو نفسه دون الآخرين ، متى كان من شأنه زيادة الدين ، تمشيا مع فكرة اقتصار نيابة المدينين عن بعضهم فيما ينفع لا فيما يضر . وأصبحت المادة رقمها ٣٠٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٣ الفقرة الاولى (مجمـوعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ وص ٨٧ — ص ٨٨) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به تطبيقا للمبدأ القاضى بألا نيابة فيما يزيد من عبء الالتزام .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٢٩٣ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٢٨٠ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٠ فى صدرها (وهى مطابقة) .

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٨ ، وتجرى على الوجه الآتى =

يضر • فالمفروض أن أحد المدينين المتضامنين قد ارتكب خطأ فى تنفيذ التزامه جعله مسئولا عن التعويض أمام الدائن ، فهذا الخطأ يكون هو وحده المسئول عنه ، ولايتعدى أثره الى باقى المدينين • بل يكون كل من هؤلاء مسئولا عن تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، دون أن يكون مسئولا عن التعويض الناشىء عن خطأ المدين المتضامن الذى وقـــع فى هذا الخطأ • وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد مايأتى : « تتمثل فى المادة ٤١٧ (م ٢٩٣ مـدنى) أوضـح تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النيابة التبادلية حيث يسىء اعمالها الى مركز المدينين المتضامنين ، والابقاء عليها حيث يفضى ذلك الى توفير نفـع لهم • فكل مدين من المدينين المتضامنين لايسأل فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله ، فاذا وقع من أحدهم خطأ جسيم ، ووقع من الثانى خطأ يسير ، وامتنع على الثالث أن يفى بالتزامه من جراء سبب أجنبى ، كانت تبعة الأول أشد وقرا من تبعة الثانى ، وبرئت ذمة الثالث وحده • وقد طبقت المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسى هذا الحكم ، فقضت بأنه اذا هلك الشىء الواجب أداؤه بخطأ واحد أو أكثر من المدينين المتضامنين ، أو بعد اعذار المسئول أو المسئولين منهم ، فلايسقط عن سائر المدينين المتضامنين التزامهم بالوفاء بثمن هذا الشىء (١) • ومع ذلك فلا يلزم

= ان كلا من المديونين المتضامنين مسئول عن عمله فقط فى تنفيذ الموجب، والانذار الموجه على أحدهم لايسرى مفعوله على الآخرين ــ وهذا النص مطابق فى الحكم لنص التقنين المصرى •

فى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٣٥ فى صدرها (وهى مطابقة) •

(١) ويلاحظ أن حكم التقنين المدنى الفرنسى فى هذه المسالة منتقد ، لأن البائع لايتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم ــ كما يتحمل البائع هذه التبعة فى مصر ــ فكان الواجب ألا يكون البائع الذى لم يصدر من جانبه خطأ مسئولا حتى عن رد الثمن • أما فى مصر ، فهو مسئول عن رد الثمن ، بمقتضى تحمله لتبعة هلاك المبيع • فنص المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسى هو اذن أكثر انطباقا على حالة القانون فى مصر منه على حالة القانون فى فرنســا انظر آنفا فقرة ١٨٩ فى الهامش) •

هؤلاء بالتعويض ، وللدائن فقط أن يقتضى التعويض من المدينين الذين ترتب الهلاك على خطأهم أو الذين أعذروا من قبل (١) » .

ولتصوير ما ورد فى المذكرة الايضاحية نفرض أن ثلاثة باعوا متضامنين شيئا لمشتر واحد ، فهؤلاء الثلاثة مدينون بالتضامن بتسليم الشىء الى المشترى . فاذا كان اثنان منهم منوطا بهما حفظ الشىء الى وقت تسليمه ، وقصر واحد منهما فى حفظه تقصيرا جسيما حتى هلك ، وقصر الآخر فى الحفظ تقصيرا يسير ، أما الثالث فلم يكون منوطا به حفظ الشىء كما قدمنا ، فان الثلاثة يكونون متضامنين فى رد الثمن الى المشترى ، وفقا لأحكام المادة ٤٣٧ مدنى والتى تقتضى بأنه اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن . ثم ان المدينين اللذين ارتكبا تقصيرا فى حفظ الشىء يكونان متضامنين فى تعويض المشترى ، فوق رد الثمن ، عن التقصير اليسير الذى ارتكبه الثانى منهما . ويكون الأول ، وهو الذى ارتكب الخطأ الجسيم ، مسئولا وحده عن تعويض اضافى بسبب تقصيره الجسيم . ثم ان المشترى اذا رجع على المدين الثالث بكل الثمن ، ورجع على المدين الثانى بكل التعويض الناشىء عن التقصير اليسير ، ورجع على المدين الأول بالتعويض الاضافى الناشىء عن التقصير الجسيم ، فان المدين الثالث ، ولم يصدر منه أى تقصير ، يرجع بالثمن الذى رده للبائع على المدينين الأول والثانى كل بقدر حصته ، ثم يرجع المدين الثانى على المدين الأول بحصته فى التعويض عن التقصير اليسير ، ولا يرجع المدين الأول بشىء على أحد فى التعويض الاضافى الذى استحق عليه بسبب تقصيره الجسيم ، فهذا فعله هو فيستقل بنتائجه ، ولا يشترك معه أحد فى المسئولية الناجمة عنه (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ .

(٢) واذا كان المدين الثالث يرد الثمن الى المشترى ، فان ذلك لا يرجع الى انه ملزم نحو الدائن بدفع قيمة الشىء دون التعويض - كما ذهب الاستاذ عبد الحى حجازى (١ ص ٢٤٠) - وانما يرجع كما قدمنا الى انه بائع =

وهذا هو أيضا الحكم ، كما رأينا ، فى التضامن الايجابى • فاذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ ، كان هو وحده المسئول عنه دون سائر الدائنين •

١٩٨ — الاعذار والمطالبة القضائية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٣ مدنى على مايأتى :

« واذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المدينين • أما اذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار[1] » •

= يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم ، اى يرجع الى قاعدة قانونية أخرى لا علاقة لها بقواعد التضامن (قارن الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام ص ٢٩١ هامش رقم ١ — وانظر آنفا فقرة ١٨٩ فى الهامش فيما يتعلق باستحالة التنفيذ) — ولكن اذا قدر التعويض فى صورة شرط جزائى ، كان المدينون المتضامنون كلهم مسئولين عن هذا الشرط الجزائى ، فقد التزموا به جميعا متضامنين عن طريق التعاقد ، فهو والمحل الاصلى للالتزام فى ذلك سواء (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٤ ص ٤٥٧ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٣٣ ص ٦١٨) •

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدى فى عجزها على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد • ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٥ فى المشروع النهائى ، بعد أن جعل النص فقرتين • ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ و ص ٨٧ — ص ٨٨) •

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٦/١١٠ ، وهذا نصها : « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية واقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين » • وقد قدمنا أن التقنين المدنى السابق يختلف عن التقنين المدنى الجديد فى آثار الاعذار والمطالبة القضائية فى حق احد المدينين المتضامنين فانها فى التقنين السابق تتعدى الى سائر المدينين • وقد سبق تفصيل القول فى ذلك (انظر آنفا فقرة ١٩٦ الهامش) •

وقد قضت محكمة النقض بأن قضاء محكمة النقض جرى فى ظل القانون المدنى القديم بأن مؤدى نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة اى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لاتحادهم فى المركز والمصلحة اتحادا اتخذ منه القانون اساسا لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر ساريا فيما بين المدينين المتضامنين =

وهنا أيضا يضطرد تطبيق المبدأ العام . فاذا أعذر الدائن أحـد المدينين المتضامنين ، كان لهذا الاعذار نتائج قانونية بسطناها فى الجزء الثانى من الوسيط . منها أن يستحق التعويض على المدين المعذر الذى تخلف عن تنفيذ التزامه ، ومنها أن يتحمل هذا المدين المعذر تبعة هلاك الشىء الواجب التسليم للدائن ولما كانت هذه النتائج القانونية ضارة بالمدينين المتضامنين الآخرين ، فان اعذار المدين المتضـامن لايسرى أثره فى حقهم . فاذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين ، كان هو وحده الذى يحمل تبعة هـلاك الشىء ، وكان هو وحـده المسئول عن التعويض . أمـا المدينون الآخـرون فلا يسـألون عن التعويض ،

= وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطـالبة منه للآخرين ويكون الحـكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء المتضامنين وقاطعا لمـدة التقادم بالنسبة لهم : نقض مدنى فى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٣٧ ص ٢٧٩ .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المـدنى السورى المادة ٢/٢٩٣ وهى مطابقة — وفى التقنين المدنى الليبى ٢/٢٨٠ وهى مطابقة — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٠ (فى عجـزها) وهى مطابقة — وفى تقنين الموجبات والعقـود اللبنانى المادتين ٣٠ و ٣٨ . وتنص المادة ٣٠ من هذا التقنين على « أن تأخر الدائن (اعذاره) بالنظر الى احـد الموجب عليهم يستفيد من نتائجه الاخرون » . وتنص المادة ٣٨ على « ان كلا من المديونين المتضامنين مسئول عن عمله فقطفى تنفيذ الموجب . الانذار (الاعذار) الموجه على أحدهم لا يسرى مفعوله على الآخرين » . ويلاحظ أن التقنين اللبنانى يتفق مع التقنين المصرى فيما يتعلق بالاعذار ، ففى التقنينين أعذار الدائن لاحد المدينين المتضامنين لا أثر له بالنسبة الى الباقى أما اعذار احد المدينين المتضامنين للدائن فانه يفيد الباقى . ولكن التقنين اللبنانى لم يذكر حكم المطالبة القضائية الموجهه من الدائن الى أحد المدينين المتضامنين ، وهل تقتصر آثارها على هذا المدين فلا تتعدى الى باقى المدينين . ولما كان التقنين اللبنانى لا يطبق تطبيقا مضطردا مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لافيما يضر .. فحكم هذه المسألة فيه يقتضى اجتهادا وامعانا فى النظر لاسيما أن من آثار المطالبة القضائية قطع التقادم ، وقد صرح التقنين اللبنانى كما رأينا (م ٣/٣٦) بأن قطع التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين بقطع التقادم بالنسبة الى الباقين ، وهذا الحكم يتعارض مع المبدأ القاضى بأن المدين المتضامن لا يمثل باقى المدينين فيما يضر .

وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٢/٣٥٥ (وهى مطابقة) . =

ولا يحملون تبعة الهلاك • واذا أراد الدائن أن يحملهم جميعا هذه النتائج ، وجب عليه أن يعذرهم كلهم ، ولا يقتصر على اعذار واحد منهم فقط • وهذا هو نفس الحكم فى التضامن الايجابى كما رأينا ، فاذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين ، لم يسر أثر هذا الاعذار فى حق الدائنين الآخرين (١) •

ولكن اذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فان هذا الاعذار تترتب عليه نتائج قانونية ، أهمها أن الشىء ، اذا كانت تبعة هلاكه على المدين ، فبعد أن يعذر المدين الدائن ، تنتقل تبعة هلاكه الى الدائن • فاذا فرض أن أشخاصا ثلاثة باعوا عينا معينة بالذات لمشتر واحد وتضامنوا جميعا فى الالتزام بتسليمها الى المشترى ، فتبعة هلاك العين قبل التسليم يتحملها البائعون الثلاثة (م ٤٣٧ مدنى)• فاذا أعذر أحد البائعين المتضامنين المشترى يدعوه لتسلم العين وتأخر المشترى فى تسلمها ، ثم هلكت العين بسبب أجنبى ، فان المشترى هو الذى يحمل تبعة الهلاك ، فلا يسترد الثمن اذا كان قد دفعه ويلتزم بدفعه اذا كان لم يدفعه ، وذلك لا بالنسبة الى البائع الذى صدر منه الاعذار وحده ، بل ايضا بالنسبة الى البائعين الاخرين اللذين لم يصدر منهما الاعذار • وتعليل هذا الحكم هو أن اعذار المدين المتضامن للدائن تفيد نتائجه المدينين الآخرين ــ بعكس اعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين ــ ومن ثم يفيد المدينون الآخرون من هذا الاعذار، ويتعدى أثره اليهم • وهذا هو أيضا الحكم ، كما رأينا ، فى التضامن الايجابى ، فاعذار أحد الدائنين المتضامنين للمدين يفيد سائر الدائنين (٢) •

وقد يقوم الدائن بمطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية بالدين • ولهذه المطالبة القضائية آثار قانونية مختلفة ، نذكر منها أنها

= وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٣٥ فى عجزها (وهى تتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى العبارة) .

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٥ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٤ .

تقطع التقادم ، وأنها تجعل الفوائد تسرى • ولما كانت هذه النتائج ضارة بالمدينين الآخـرين ، وكان المدين الذى طولب مطالبة قضائية لايمثل الآخرين فيما يضرهم ، لذلك لاتتعدى آثار هذه المطالبة الى باقى المدينين المتضامنين • فيكون المدين الذى طولب قضائيا هو وحده الذى ينقطع فى حقه التقادم ، وهـو وحـده الذى تسرى فى حقه الفوائد القانونية (١) • واذا أراد الدائن أن يجعل هذه النتائج تسرى فى حق الآخرين ، وجب عليه أن يطالب كلامنهم عـلى حـدة مطالبة قضائية بالدين ، أو أن يجمعهم كلهم فى مطالبة قضائية واحدة (٢) •

١٩٩ – الصلح مع أحد المدينين المتضامنين : تنص المادة ٢٩٤ مدنى على مايأتى :

« اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين أو براءة الذمه منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون • أما اذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فانه لاينفذ فى حقهم الا اذا قبلوه » (٣) •

---

(١) أما فى القانون الفرنسى ، فمطالبة الدائن لاحد المدينين المتضامنين تجعل الفوائد تسرى فى حق الآخرين (م ١٢٠٧ من التقنين المدنى الفرنسى وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٢٧ – فقرة ١٢٣٠) . ويعلل الفقهـاء الفرنسيون المعاصرون هذا الحكم بأن المدين الذى طالبه الدائن لو أنه وفى الدين فى الحال ، لرجع على باقى المدينين بالفوائد ، ويستوى لدى هؤلاء المدينين ان يدفعوا الفوائد للدائن أو أن يدفعوها للمدين الذى وفى الدين • ويقـول بلانيول وريبير وجابولد ان التعليل الحاذق لم يفكر فيه واضعو التقنين المدنى الفرنسى ، وكل ما قصدوا اليه عندما قرروا هذا الحكم هو أن يزيدوا للدائن من مزايا التضامن ، فيستطيع بمطالبة مدين واحد من المدينين المتضامنين أن يصل الى نفس النتائج التى كان يصل اليها بمطالبتهم جميعا (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٥ ص ٤٥٨) .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٨٧ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليـه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ – ص ٩٠) .

والمفروض هنا أن الالتزام التضامنى متنازع فيه بين الدائن وجميع المدينين المتضامنين ، فعمد الدائن الى الصلح مع أحد المدينين . فهذا الصلح قد يتخذ اتجاها فى مصلحة المدينين المتضامنين . وقد يتخذ اتجاها ليس فى مصلحتهم .

فان اتخذ اتجاها فى مصلحة المدينين المتضامنين ، بأن نزل الدائن فيه عن جزء من الدين ، أو نزل عن فوائده أو عن بعضها ، أو تضمن فى آية صورة من الصور تخفيفا من أعباء الدين ، فان هذا الصلح من شأنه أن يفيد سائر المدينين . ولما كان المدين الذى وقع معه الصلح يمثل الباقين فيما ينفعهم ، فان أثر هذا الصلح يتعدى اليهم ويفيدون منه ، ويجوز لهم الاحتجاج به على الدائن ولولم يكونوا أطرافا فيه [١] وهذا هو أيضا حكم التضامن الايجابى فيما قدمناه ، فاذا تصالح أحد الدائنين

= ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٧/١١١ ونصها ما يأتى : لايجوز لاحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزام به باقى المدينين — وهذا النص يمكن أن يستخلص منه أن الصلح الذى يزيد فى الالتزام التضامنى لا يسرى فى حق الباقين ، وهو ما يتفق مع حكم المادة ٢٩٤ من التقنين المدنى الجديد .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٤ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨١ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣١ (وهى مطابقة) .

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤ ، وتجرى على الوجه الآتى : ان الصلح الذى يعقد بين الدائن واحد الموجب عليهم يستفيد منه الآخرون اذا كان يتضمن اسقاط الدين أو صيغة أخرى للابراء ، وهو لا يلزمهم ولا يحرج موقفهم اذا كانوا لم يرضوا به — وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى .

وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٥٦ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٣٦ ونصها كالآتى : « لا ينفذ الصلح الذى يعقده احد المدينين المتضامنين مع الدائن اذا رتب فى ذمتهم التزاما جديدا أو زاد فى التزامهم الا اذا قبلوه . ويستفيدون من الصلح اذا تضمن ابراء من الدين أو براءة الذمة بأى وسيلة اخرى » (وهذا) النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى الصياغة) .

(١) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم =

المتضامنين مع المدين بما يفيد الباقى ، استطاع هؤلاء أن يحتجوا بهذا الصلح (١) .

أما اذا كان الصلح قد اتخذ اتجاها ضد مصلحة المدينين المتضامنين ، بأن سلم المدين الذى وقع معه الصلح بأكثر طلبات الدائن ، أو زاد فى الالتزام الأصلى ، أو أضاف اليه التزاما جديدا ، وبوجه عام اذا سوأ مركزه عما كان قبل النزاع ، فانه لايعتبر ممثلا لباقى المدينين فيما يضرهم من ذلك ، ولايسرى أثر هذا الصلح فى حقهم الا اذا قبلوه وأصبحوا هم كذلك أطرافا فيه . وهذا هو أيضا حكم التضامن الايجابى ، فان الصلح الذى يعقده أحد الدائنين المتضامنين مع المدين ويكون ضارا بصالح باقى الدائنين لايسرى فى حقهم (٢) .

ويتضح من ذلك أن المدينين المتضامنين الآخرين هم الذين يكونون الحكم فيما اذا كان الصلح فى مصلحتهم أو فى غير مصلحتهم ، اذ يجوز لهم أن يقبلوه أو يرفضوه ، وهم يقبلونه اذا قدروا أنه فى مصلحتهم ، ويرفضونه اذا قدروا غير ذلك (٣) .

٢٠٠ ـ اقرار أحد المدينين المتضامنين أو اقرار الدائن : تنص الفقرة الاولى من المادة ٢٩٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= المختلطة ١٠ ص ٣٨ ـ على أنه لا يجوز أن يتمسك المدينون المتضامنون الآخرون بالجزء الذى يفيدهم فى الصلح وينبذوا الجزء الذى يضرهم ، فما دام الصلح فى مجموعه يفيدهم وتمسكوا به وجب أن يتحملوه كله اذ هو لا يقبل التجزئة (الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٧ ص ٢٩٤) .

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٤ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٥ ـ وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ .

(٣) وفى القانون الفرنسى انقسمت الآراء ، فمن الفقهاء من يذهب مذهب التقنين المصرى (لارومبيير ٣م ١٢٠٨ فقرة ١١ ـ ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١٧) ، ومنهم من يذهب الى أن الصلح لا يجوز أن يتمسك به المدينون الآخرون ، ضارا كان أو نافعا (انظر المادة ٢٠٥١ مدنى فرنسى ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٤ مكررة ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٧) .

« اذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقين » [1] .

والمفروض هنا أن الدائن ليس لديه طريق للاثبات يكون مقبولا فى حق المدينين المتضامنين ، كالكتابة ، أو البينة والقرائن فيما تجوز فيه. أما الاقرار فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام فى الاثبات أنه حجة قاصرة على المقر ، فلا يتعدى أثره الى غيره . هذا الى أن المدين المتضامن عندما يقر بالدين يأتى بعمل يضر ببقية المدينين ، وهو لا يمثلهم فيما لا يضر ، ومن ثم لا يسرى اقراره فى حقهم . ولابد للدائن من اثبات حقه فى مواجهة المدينين الآخرين بغير اقرار المدين الاول ، فاما أن يحصل على اقرار من كل مدين على حدة يكون حجة عليه ، واما أن يثبت الدين بطريق يسرى فى حق الجميع كما سبق القول . وهذا هو أيضا حكم التضامن الايجابى ، فقد رأينا أن اقرار أحد الدائنين المتضامنين لا يسرى فى حق الباقين [2] .

وعلى العكس من ذلك اذا أقر الدائن لاحد المدينين المتضامنين ،

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١/٤١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣٠ ص ٩١ - ص ٩٢) .

ويقابل هذا النص المادة ١١١/١٦٧ من التقنين المدنى السابق وقد سبق ذكرها ، وهى تقضى بانه لا يجوز لاحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين . ولما كان الاقرار حجة قاصرة على المقر ، فان أثره لا يتعدى المدين المقر الى غيره من المدينين ، حتى فى عهد التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٢٩٥ (وهى مطابقة) - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٢٨٢ (وهى مطابقة) - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٣٣٢ (وهى مطابقة) - ولا مقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، ولكن الحكم الوارد فى التقنين المصرى ليس الا تطبيقا للقواعد العامة فى الاقرار ، فيمكن الاخذ به فى لبنان دون نص - وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ١/٣٥٧ (وهى مطابقة) - وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٢٧ فى صدرها (وهى مطابقة) .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٤ .

فأن هذا الاقرار يفيد الباقي ، ويكون المدين المتضامن وهو يتلقى اقرار الدائن ممثلا لباقى المدينين فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بالاقرار ولو كان غير صادر فى مواجهتهم (١) • وهذا هو أيضا حكم التضامن الايجابى ، فقد رأينا أن المدين اذا أقر لاحد الدائنين المتضامنين جاز للدائنين الاخرين أن يتمسكوا بهذا الاقرار (٢) •

٢٠١ — **حلف اليمين أو النكول عنها :** تنص الفقرتان الثانية والثالثه من المادة ٢٩٥ من التقنين المدنى على ما يأتي :

« ٢ — واذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه الى الدائن يمينا حلفها ، فلا يضار بذلك باقى المدينين » •

« ٣ — واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فان المدينين الاخرين يستفيدون من ذلك » (٣) •

---

(١) وهذا مالم يكن اقرار الدائن متعلقا بشىء خاص بالمدين دون غيره، عليه عند تنفيذه للحكم ووفائه للدين •

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٤٤ — وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ •

(٣) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا الفقرة الثالثة فقد كان نصها فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « أما اذا حلف المدين المتضامن اليمين ، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك اذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن » • وفى لجنة المراجعة عدلت هذه الفقرة على الوجه الذى استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ليكون معناها أدق ، وأصبحت المادة رقمها ٣٠٧ فى المشروع النهائى • ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ — ص ٩٢) •

ويقول الاستاذ اسماعيل غانم فى صدد التعديل الذى أجرته لجنة المراجعة ما يأتى : « يلاحظ أن المادة ٣/٤١٩ من المشروع التمهيدى ، وهى تقابل المادة ٢٩٥ من التقنين ، كانت تنص على أن المدينين الآخرين يستفيدون من حلف المدين المتضامن اليمين اذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن : انظر أيضا م ١/٣٦٥ مدنى فرنسى • وقد عدل هذا النص فى لجنة المراجعة فحذفت العبارة الاخيرة ، وقد وصف تعديل المادة على هذا الوجه بأنه تعديل لفظى يجعل معناها أدق : الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٣ • والحقيقة انه لا يتصور استفادة المدينين من يمين يحلفها أحدهم يذكر بها وجود التضامن اذ أن أساس الاستفادة من اليمين هو مبدأ النيابة التبادلية وهو لا يوجد الا بوجود التضامن » (احكام الالتزام ص ٢٩٥ هامش رقم ١)•

والمفروض هنا أن الدائن اقتصر على مدين متضامن واحد ، وهنا يمكن أن نتصور حالتين : فاما أن يوجـــــه الدائن اليمين الى المدين المتضامن ، اما أن يوجه المدين المتضامن اليمين الى الدائن •

ففى الحالة الاولى التى يوجه فيهـــا الدائن اليمين الى المدين المتضامن ، اما أن يحلف المدين واما أن ينكل • فان حلف ، فان هذا الحلف من شأنه أن يفيد باقى المدينين ، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا به ، ولو لم يكونوا هم الذين حلفوا (١) • وهذا ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥ • وان نكل المدين الذى وجهت اليه اليمين ، فان هذا يكون بمثابة الاقرار ، وقد رأينا أن الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا يسرى فى حق المدينين الآخرين ، هذا الى أن النكول عمل ضار بباقى المدينين فلا يكون المدين الذى نكل ممثلا لهم فيه ولا يسرى عليهم نكوله • وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥ • وهذا هو أيضا حكم التضامن الايجابى ،

= وليس للنص مقابل فى التقنين المدنى السابق • وكان مبـــدأ النيابة التبادلية ، كما كان مفهوما فى عهد هذا التقنين ، يقض بأن نكول أحد المدينين المتضامنين لا يضر الباقى ، أما حلفه اليمين فيفيدهم ويقوم الشك فيما اذا حلف الدائن يمينا وجهها اليه أحد المدينين المتضامنين ، هل يضار بذلك باقى المدينين ؟

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنـين المدنى السورى المادة ٢٩٥/٢و٣ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المـادة ٢٨٢/٢و٣ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٣٢/٢و٣(مطابقة لنص المشروع التمهيدى ولا تختلف فى الحكم) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٧ وتجرى على الوجه الآتى : اذا وجد التضـامن بين المديونين أمكن كلا منهم أن يبرىء ذمة الآخرين جميعا : ... (٤) بأن يحلف اليمين عند الاقتضاء على عدم وجوب دين ما — وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى فى صورة ما اذا وجه الدائن الى أحد المدينين المتضامنين اليمين فحلفها ، ولم يرد نص فى التقنين اللبنانى عن الصور الاخرى •

وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٥٧/٢-٣ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٣٧ فى عجزها (وهى تتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى مع اختلاف بسيط فى العبارة) •

(١) والمفروض ان الدائن قد « اقتصر » — كما يقول النص — فى توجيه اليمين على أحد المدينين المتضامنين • أما اذا وجه اليمين اليهم جميعا ، فحلف بعضهم ونكل بعض آخر ، فمن نكل منهم يضار بنكوله ولا يستفيد من أن الآخرين قد حلفوا (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٢ ص ٤٥٢ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٨) •

فقد رأينا أنه اذا وجه المدين اليمين الى أحد الدائنين المتضامنين فنكل لم يضر نكوله بباقى الدائنين (١) •

وفى الحالة الثانية التى يوجه فيها المدين التضامن اليمين الى الدائن ، اما أن يحلف الدائن واما أن ينكل • فان حلف ، فان هذا الحلف عمل يضر بسائر المدينين الذين لم يخاطروا بتوجيه اليمين الى الدائن، فيكون المدين الذى وجه اليمين غير ممثل لهم فى هذا التوجيه ، ولا يتعدى اليهم أثر حلف الدائن لليمين ولا يضارون بذلك ، وهــــذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥ • وأن نكل الدائن عن اليمين التى وجهها اليه المدين المتضامن ، فان نكوله بمثابة اقرار منه • وهذا الاقرار — اذا لم يكن فى شىء خاص بالمدين الذى وجه اليمين دون غيره — نافع لسائر المدينين المتضامنين ، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بهذا النكول ، ولو لم يكونوا هم الذين وجهوا اليمين • ولم يرد نص صريح فى هذه الصورة، ولكن الحكم الذى أوردناه ليس الا تطبيقا للمبدأ العام ، فيؤخذ به دون نص • وقد رأينا فى التضامن الايجابى أنه اذا وجــــه أحد الدائنين المتضامنين اليمين الى المدين فحلف ، فان هذا الحلف وهو يضر بالدائنين الآخرين لا يسرى فى حقهـــــم ، أما اذا نكل فان النكـــــول يفيدهم فيستطيعون أن يتمسكوا به (٢) •

٢٠٢ — صدور حكم على أحد الدائنين المتضامنين أو لصالحه : تنص المادة ٢٩٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين » •

٢ — أما اذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقون ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٥ •

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٥ — وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ •

الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صـــدر الحكم لصالحه » (١) .

وأخيرا يورد ، هنا التقنين المدنى تطبيقا للمبدأ العام الســالف الذكر فى حالة صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه .

فاذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين وحده ، دون أن يكون باقى المدينين المتضامنين داخلين فى الدعوى ، فان هذا أمر ضار بهم ، فلا يسرى الحكم فى حقهم ولايحتج عليهم به (٢) ويجب عــلى

(١) تاريخ النص : ورد النص فى المادة ٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليــه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٨ فى المشرع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٦ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٣ — ص ٩٤) .

وليس للنص مقابل فى التقنين المدنى السابق . ولكننا رأينا أن الحكم على أحد المدينين المتضامنين وفى عهد هذا التقنين ، يكون حكما على الباقى ، الا اذا ثبت أن المدين المحكوم عليه متواطىء مع الدائن أو اذ اهمل فى الدفاع عن حقه أو ثبت أن احد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفوع خاصة به . ومن باب اولى اذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المضامنين ، أفاد منــه الباقى (انظر آنفا فقرة ١٦٩ فى الهامش) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٦ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المــادة ٢٨٣ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى المــادة ٣٣٣ (وهى مطابقة) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٣٦ ، وتجرى على الوجه الاتى : ليس للحكم الصادر على أحد المديونين المتضامنين قـــوة القضية المحكمة بالنظر الى المديونين الآخرين ، اما الحكم الصادر لمصلحة احد المديونين فيستفيد منه الآخرون الا اذا كان مبنيا على سبب يتعلق بشخص المديون الذى حصل على الحكم — وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين المصرى — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٥٨ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٣٨ (وهى تتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى العبارة) .

(٢) ومع ذلك يجوز لهم ان يطعنوا فى الحكم بطريق التماس اعادة النظر (م ٨/٢٤١ مرافعات) ، وذلك بدلا من أن ينتظروا رجوع المدين المحكوم عليه عند تنفيذه للحكم ووفائه للدين كله ، اذ هو فى هذه الحالة يرجـــع عليهم كل بقدر حصته فى الدين ، وهم ، اذا كانوا يستطيعون دفع هـــذا الرجوع عندئذ ، قد يفضلون المبادأة ، فيبادرون الى الطعن فى الحكم ذاتــه بطريق التماس اعادة النظر كما قدمنا (انظر الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٩ ص ٢٩٥) .

الدائن اما أن يدخـــل باقى المدينين المتضامنين فى الدعـــوى ليصدر الحكم فى مواجهتهم ، أو أن يرفع عليهم دعوى أو دعاوى أخرى ، ليكون الحكم ساريا فى حق من رفع عليه الدعوى (١) . وهذا هو أيضا حـــكم التضامن الايجابى ، فقد رأينا أنه اذا صدر حكم على أحـــد الدائنين المتضـــامنين لم يكن هـــذا الحكم ساريا فى حـــق الدائنين الآخرين (٢) . ويلاحظ أنه اذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين فى الدعوى ، وصدر حكم ضدهم ، فان الطعن فى هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقى (٣) . واذا صدر فى الطعن حكم ضد المدين الذى رفـــــع

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الاهلية بأنه يجوز لمن سهى عليه ان يطلب الحكم بالتضامن أن يرفع دعوى من جديد باعتبار المحكوم عليهم فى الدعوى الاولى متضامنين فى الوفاء (١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ١٧٩) .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٥ .

(٣) وقد قضى بأنه اذا رفع أحد المدينين المتضامنين معارضـــــة او استئنافا ، استفاد الآخرون : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٨٦ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — أول ديسمبر سنة ١٩١٠م ٢٣ ص ٥٨ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ — ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٣ — ١٤ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٨٧ — ١٥ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩٦ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٣ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٨١ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥١ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٤ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ — ١١ يناير سنة ١٨٣٨ م ٥٠ ص ٩٦ — الا اذا كان المطلوب من أحدهم يخالف المطلوب من الأخرين : استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ص ١٧٧ — ٢٠مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص٦٩ — ١١ مارس ١٩٣٦ م٤٧ص ١٨١ . ويقتصر من يستفيد منهم على أوجه الدفع المشتركة بينهم وبين من رفـــــع الطعن ، فلا يعرضون لأوجه الدفع الخاصة بهم ما داموا هم لم يرفعوا طعنا فى الميعاد : استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٧ . واذا رفع احد المدينين المتضامنين معارضة فى شروط البيع (dire) ، استفاد المدينون الآخرون : استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٢ ، وهـــذا ما لم يكن قد صدر حكم نهائى حاز قوة الامر المقضى بالنسبة الى أحدهم فلا يستفيد من طعن رفعه غيره : استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨٠ — واذا رأت محكمة الدرجة الاولى أن هنالك تضامنا فى المسئولية بين شخصين ، واستأنف أحدهما حكمها ، وقضى استئنافيا بعدم وجـــــود التضامن بينهما ، استفاد المدين الآخر من هذا الحكم ولو لم يســـتأنف : بنى سويف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٢٣٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لاينال التضامن من استقلال كل من =

الطعن ، لم يضار الباقون به ، وكان لكل منهم حـق الطعن فى الحكم الأول اذا كان طريق الطعن لايزال مفتوحا أمامه (١) •

= المتضامنين عن الآخر فى الخصومة وفى الطعن فى الحكم الصادر فيها : نقض مدنى فى ١٦ مايو سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٤٥ ص ٩٣٣ •

(١) ذلك لانه اذا صدر حكم ضد المدينين المتضامنين جميعا ، لم يترتب على اعلانه لاحدهم سريان مواعيد الطعن بالنسبة الى الباقين ، بل يبقى كل من هؤلاء لا تسرى مواعيد الطعن قبله حتى يعلن بالحكم • واذا أعلن احدهم بالحكم وانقضت مواعيد الطعن بالنسبة اليه ، وبقى الطعن مفتوحا بالنسبة الى مدين آخر ، وطعن هذا فى الحكم ، فللمدين الذى انقضى ميعـاد الطعن بالنسبة اليه أن ينضم للمدين اذا رفع الطعن فى الميعاد ويطلـب الاستفادة من طعنه • وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الاستئناف من احد المدينين المتضامنين يستفيد منه الباقون ، ولهم أن ينضموا اليه فى استئنافه ولو بعد الميعاد (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨ ص ٣٦ — ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٠ ص ١٩٧) •
وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ من تقنين المرافعات على ما يأتى :
« على انه اذا كان الحكم صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم او قبل الحكم أن يطعن فيه اثناء نظـر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما اليه فى طلباته فان لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن واذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد ، وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة لهم » • فاذا لم ينضم المدين الذى فوت ميعاد الطعن الى زميله الذى رفع الطعن فى الميعـاد ليطلب الاستفادة من هذا الطعن بقى الحكم الصادر ضده نهائيا بالنسبة اليه •
وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بانه اذا حكم على اشخاص بالتضامن ، ثم رفع بعضهم استئنافا عن الحكم ولم يستأنف البعض ، ولم يحضر أمام محكمة الاستئناف ليطلب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين : كان لمحكمة الاستئناف أن تعتبر الحكم الابتدائى انتهائيا بالنسبة اليه ، لانه هو الذى بعدم حضوره أمام محكمة الاستئناف قد فوت على نفسه فرصـــة ابداء طلب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٢ ص ٢٣) •
وقد قضت محكمة النقض بانه اذا اقام الدائن دعواه بطلب الدين على المدينين المتضامنين مجتمعين صدر فيها الحكم لصالحه ، فان الاســتئناف المرفوع من المحكوم عليهم بالتضامن لا يتعدد بتعددهم ، والحكم الصـادر برفض هذه الاستئنافات وتأييد الحكم الابتدائى انما هو بمثابة حكم جـديد بذات حق الدائن الذى لا يتعدد بتعدد المسئولين عن الالتزام التضامنى ، بل يقدم على وحدة المحل ، كما يقوم المدينون المتضامنون بعضهم مقام البعض =

واذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامنين دون أن يكون باقى المدينين المتضامنين داخلين فى الدعوى ، فان هذا أمر نافع لهم،فيفيدون منه ويستطيعون أن يحتجوا بهذا الحكم (١) • وهذا ما لم يكن الحكم الذى صدر لمصلحة المدين المتضامن مبنيا على سبب خاص به كأن يكون الدين بالنسبة اليه قد شابه سبب من أسباب البطلان ، فعند ذلك يصدر الحكم بابطال الدين بالنسبة اليه وحده (٢) ، دون أن يتعدى أثر الحكم الى المدينين المتضامنين الآخرين • ومثل ذلك أيضا أن يكون دين المدين المتضامن معلقا على شرط ولم يتحقق الشرط ، فالحكم الصادر بزوال الدين لتخلف الشرط لا يتعدى أثره الى المدينين الآخرين الذين كانت ديونهم منجزة (٣) • وهذا هو أيضا حكم التضامن الايجابى ، فقد رأينا أنه اذا صدر حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين أفاد منه الباقون(٤)•

= فى الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفع المشتركة بينهم جميعا ، وينصب استئناف كل منهم على نفس طلبات الآخرين وهو ما يجعلها فى حكم الاستئناف الواحد ، يستحق بالنسبة لها رسم واحد : نقض مدنى فى ٢٢ ابريل سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٨٦ ص ٥٤٩ •

(١) استئناف مختلط ١٩ ابريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٩٣ ــ ولكن لا يستطيعون التنفيذ به • واذا طعن الدائن فى هذا الحكم ، فصدر فى الطعن حكم بالغائه ، زال أثر الحكم الاول بالنسبة الى سائر المدينين ولم يجز لهم الاحتجاج به بعد ذلك •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى الفقرتين الاولى والثانية من المادة ٥٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٤٨ ، يدل على أن مسئولية المتنازل اليه عن دين الضريبة بالتضامن مع المتنازل انما تتولد عن التنازل فاذا ما أبطل هذا التنازل زال التزام المتنازل اليه بأداء الضريبة : نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٧٢ ص ٤٥٠ •

كما قضت محكمة النقض بأنه لما كان الثابت فى الاوراق ان الطاعن لم يسبق له الدفع أمام محكمة الموضوع ببطلان تضامنه مع المدين فى الوفاء بالدين المطالب به ، فانه لا يجوز له اثارة هذا الدفاع لاول مرة أمام محكمة النقض: نقض مدنى فى ١٦ يونية سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ١٧٩ ص ١٠٨٢ •

(٣) استئناف أهلى ١٩ اكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ١٣ ــ استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣١ •

(٤) انظر آنفا فقرة ١٤٤ •

ويلاحظ أنه اذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين فى الدعوى ، وصدر حكم لصالحهم ، فان الطعن فى هذا الحكم من الدائن بالنسبة الى أحـد منهم لا يضر الباقين (١) ، واذا حصل الدائن فى الطعن على حكم لصالحه يلغى الحكم الاول ، فان هذا الحكم لا يسرى فى حق الباقين الذين لم يدخلوا فى هذا الطعن (٢) .

---

(١) واعلان هذا الحكم من احد المدينين المتضامنين يجعل ميعاد الطعن يسرى لصالحه ولصالح باقى المدينين المتضامنين : استئناف مختلط ٢٢ ابريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٠ — أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٦ — ٣١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — على انه اذا أعلن احد المدينين المتضامنين الحكم الصادر لصالح الجميع ، ورفع الدائن الاستئناف بعـد الميعاد ، وجب على المدين الذى لم يعلن الحكم أن يدخل فى هذا الاستئناف طالبا الاستفادة منه والحكم بعدم قبول الاسـتئناف لرفعه بعد الميعاد ، لا فحسب بالنسبة الى زميله الذى أعلن الحكم ، بل أيضا بالنسبة اليه هو . فاذا لم يدخل فى الاستئناف على هذا النحو ، ولم ينقض ميعاد الاستئناف بالنسبة اليه لعدم اعلانه الحكم ، لم يكن له أن يدفع بعدم قبول الاستئناف الذى يرفعه عليه الدائن . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه اذا كـان اثنان من المحكوم لهم قد تمسكا بأنهما اعلنا الحكم الابتدائى للمستانف وانه لم يرفع الاستئناف الا بعد الميعاد ، فتنازل المستانف عن اختصامهما وقصر طلباته على ما ادعاه قبل ثالث المحكوم لهم الذى لم يعلن الحكم الابتـدائى للمستانف ولم يحضر ولم يطلب الاستفادة من أن زميليه المحكوم لصالحهما معه قد أعلنا الحكم ، ولم يبين كيف كان له أن يستفيد من اعلان غيره ، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تعتبر الاستئناف غير مقبول شكلا فى حقه (نقض مدنى ٢٠ يونية سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٧ ص ٨٧٣) .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « ويراعى أن الحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يزول أثره بالنسبة لباقى المدينين اذا قضت بالغائه هيئة قضائية مختصة ، ولكن اذا اختصم الدائن جميـع المدينين فى الدعوى وصدر حكم لصالحهم ، ثم قضى بالغاء هذا الحكم بالنسبة لاحدهم فيما بعد ، فلا يضار الباقون بذلك . اما اذا صدر الحكم عليهم ، فلا يترتب على اعلانه لاحدهم سريان مواعيد المعارضة والاستئناف والنقض بالنسبة للباقين » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤ وانظر ايضا ص ٩٣ — ٩٤) .

اما فى القانون الفرنسى ، فقد احتدم الخلاف : فمن الفقهاء من يذهب الى أن الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين يحتج به على الباقين ، ومن باب أولى اذا صدر الحكم لصالح احدهم جاز للباقى ان يتمسكوا بهذا الحكم =

المطلب الثانى

علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض

٢٠٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٩٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » .

« ٢ — وينقسم الدين اذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

وتنص المادة ٢٩٨ على ما يأتى :

« اذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته » .

وتنص المادة ٢٩٩ على ما يأتى :

= (لاروميير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٧٤ — هيك ٧ فقرة ٣٢٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٣١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦) . ومنهم من يذهب الى أن الحكم لا يسرى فى حق الآخرين ، سواء كان صادرا ضد المدين المتضامن أو لصالحه (كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٣٢٨ مكررة ٢٤ — لوران ٢٠ فقرة ١٢٠) . ومنهم من يذهب الى أن الحكم الصادر لصلحة المدين يتمسك به الآخرون ، والحكم الصادر ضده لا يحتج به عليهم ، كما هو الحكم فى التقنين المصرى بصريح النص (ديرانتون ١٣ فقرة ٥١٩ — فقرة ٥٢٠ — ماركاديه ٥ فقرة ١٣) — واذا صدر حكم ضد المدينين المتضامنين جميعا ، فالطعن المرفوع من احدهم يفيد الباقين بلانيول وريبير وجابولد ٨ فقرة ١٠٨٦ ص ٤٥٩ — ص ٤٦١) . واذا صدر حكم لصالح المدينين المتضامنين وأعلن احدهم الحكم للدائن وانقضت مواعيد الطعن بالنسبة اليه ، ثم طعن الدائن فى الحكم بالنسبة الى الباقين فى الميعاد القانونى ، فان هذا الطعن لا يضر بالمدين الذى انقضى ميعاد الطعن بالنسبة اليه ، ويجب على الدائن فى طعنه ضد الباقين ان يستنزل حصة هذا المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٣٦ مكررة — وانظر أيضا فى الموضوع بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦) .

« اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين (١) » •

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٥/١٧١ (٢) •

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٩٧ ــ ٢٩٩ ــ وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٨٤ ــ ٢٨٦ ــ فى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٣٤ ــ ٣٣٥ ــ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٩ ــ ٤١ ــ وفى التقنين المدنى

---

(١) **تاريخ النص :**

م ٢٩٧ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٩ فى المشروع النهائى • ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٧ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٥ ــ ص ٩٦) •

م ٢٩٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١٠ فى المشروع النهائى • ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٧) •

م ٢٩٩ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد • ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨ ــ ص ١٠٠) •

(٢) التقنين المدنى السابق م ١١٥/١٧١ : اذا قام احد المتضامنين فى الدين بأدائه أو وفاه بطريق المقاصة مع الدائن ، جاز له الرجوع على باقى المدينين كل بقدر حصته ، وتوزع حصة المعسر منهم على جميع الموسرين .

ولا فرق فى الاحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم . ويلاحظ أن التقنين القديم ذكر المقاصة وحدها الى جانب الوفاء ، ولكن المقاصة فى هذا كغيرها من طرق انقضاء الالتزام ، كالتجديد واتحاد الذمة ، وذلك متى كان الدائن قد طالب المدين الذى قام به سبب انقضاء الالتزام ووقف عنده • أما اذا طالب غيره من المدينين المتضامنين ، فقد راينا ان كل مدين منهم لا يجوز له ان يحتج على الدائن الا بمقدار حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء .

الكويتى المادتين ٣٥٩ ــ ٣٦٠ ــ وفى التقنين المدنى الاردنى المـــادتين ٤٣٩ ، ٤٤٠ (١) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى** : التقنين المدنى السورى م ٢٩٧ــ ٢٩٧ ــ ٢٩٩ (مطابقة) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٨٤ ــ ٢٨٦ (مطابقة) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٤ : ١ ــ لمن قضى الدين من المــــــديـنين المتضامنين الرجوع على الباقين بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه ، كل بقدر حصته .

٢ ــ فان كان احد منهم معسرا ، تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته .

م ٣٣٥ : ١ ــ اذا قضى احد المدينين المتضامنين الـــــدين بغير الشيء الواجب اداؤه ، او بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالهبة او الحوالة ، رجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما ادى .

٣ ــ واذا كان احد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصـــــلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمله كله قبل الباقين .

وهذه النصوص تتفق احكامها مع احكام التقنين المصرى ، فيما عدا ان التقنين العراقى ينص على انه ادى المدين الدين بغير الشيء الواجب اداؤه او بطريق آخر غير الوفاء كالهبة أو الحوالة ، رجع على بقية المدينين كل بقدر حصته فى الدين الاصلى ، ولو ادى هو للدائن اقل من ذلك أو أكثر . وهذا مأخوذ من الفقه الاسلامى .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٩ : ان موجب التضامن ينقسم حكما بالنظر الى علاقات المديونين بعضهم ببعض ، فهم فيما بينهم لا يلزم أحد منهم الا بنسبة حصته . وان الحصص التى يلزم بها المديونون بمقتضى أحكام الفقرة السابقة هى متساوية الا فيما يلى :

١ ــ اذا كان العقد يصرح بالعكس .

٢ ــ اذا كانت مصالح المديونين غير متساوية . واذا كانت المصلحة فى الدين لاحد المديونين وحده ، وجب اعتبار الآخرين كفلاء فى علاقتهم به .

م ٤٠ : ان المديون فى موجب التضامن اذا وفى مجموع الدين ، كان له حق الرجوع على المديونين الآخرين بما يتجاوز حصته . وامكنه اذ ذاك ان يقيم الدعوى الشخصية أو الدعوى التى يحق للدائن اقامتها مع ما يختص بها من التأمينات عند الاقتضاء . ولكن ، أية كانت الدعوى التى يقيمها ، لا يحق له أن يتطلب من كل مديون الا الحصة التى يجب عليه نهائيا أن يتحملها .

م ٤١ : اذا وجد بين المديونين المتضامنين شخص او عدة اشخاص غائبين او غير مقتدرين على الدفع ، فان اعبـــــاءهم من الدين يتحملها المديونون الحاضرون وذوو الاقتدار بنسبة ما يجب على كل منهم ان يتحمله من الدين ، ذلك كله اذا لم يكن نص مخالف .

وهذه النصوص تتفق فى احكامها مع نصوص التقنين المصرى . =

ويتبين من هذه النصوص أنه اذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدائن كل الدين ، كان له حق الرجوع على المدينين المتضامنين معه . وحق الرجوع هذا اما أن يكون بالدعوى الشخصية ، أو بدعوى الحلول. وسواء كان الرجوع بهذه الدعوى أو بتلك ، فان الدين ينقسم على المدينين المتضامنين ، والاصل أن ينقسم حصصا متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وأيا كانت حصة المدين المتضامن عند انقسام الدين على الجميع ، فان كل مدين متضامن موسر يتحمل نصيبه فى حصة المعسر من المدينين المتضامنين ، وذلك بنسبة حصته هو فى الدين . على أنه قد يتبين أن واحدا أو أكثر من المدينين هم

= وفى التقنين المدنى الكويتى م ٣٥٩ : ١ ـ اذا وفى احد المدينين المتضامنين كل الدين او ما يزيد على حصته أو قضاه بطريق من الطرق المعادلة للوفاء ، فلا يجوز له ان يرجع على أى من المدينين الا بقدر حصته ، ولو كان الموفى قد رجع بدعوى الدائن استنادا الى ما له من حق الحلول ٢ ـ ويقسم الدين اذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يقضى بغير ذلك . ٣ ـ واذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعه هذا الاعسار المدين الذى وفى الدين وسائر المدنيين الآخرين كل بقدر حصته .

م ٣٦٠ : اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فانه يتحمل به كله فى علاقته بالباقين .

(وهذه النصوص تتفق فى حكمها مع التقنين المدنى المصرى مع اضافة حالة الوفاء بطريق من الطرق المعادلة للوفاء كالحوالة فقد اجاز التقنين الكويتى للمدين المتضامن الذى ادى الدين الرجوع على بقية المدينين كل بقدر حصته فى الدين الاصلى ولو ادى هو للدائن اقل من الدين أو اكثر ، وهذا الحكم ماخوذ من الفقه الاسلامى) .

وفى التقنين المدنى الاردنى م ٤٣٩ : لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين حق الرجوع على أى من الباقين بقدر حصته فان كان أحدهم معسرا تحمل مع الموسرين من المدينين المتضامنين تبعه هذا الاعسار دون اخلال بحقهم فى الرجوع على المعسر عند ميسرته .

م ٤٤٠ : اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة بالدين فهو الذى يتحمل كله قبل الباقين .

(وهذه النصوص تتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى واضاف التقنين المدنى الاردنى النص على ان حصة المدين المعسر من المدينين اذا اداها مدين آخر فان ذلك لا يحول بينه وبين الرجوع عليه عند يساره تطبيقا لقاعدة عدم سقوط الحقوق ونظره الميسره فى الفقه الاسلامى) .

أصحاب المصلحة فى الدين ، فعند ذلك لا ينقسم الدين على الباقى ، ويتحمل أصحاب المصلحة وحدهم كل الدين فى علاقتهم بالمدينين الآخرين .

فعندنا اذن مسائل خمس نبحثها على التعاقب :

١ — متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامنين الآخرين .

٢ — الاساس القانونى لهذا الرجوع : الدعوى الشخصية ودعوى الحلول .

٣ — انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم .

٤ — تحمل الموسرين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين منهم .

٥ — تحمل أصحاب المصلحة فى الدين وحدهم بكل الدين .

وهذه هى المسائل التى بحثناها فى التضامن الايجابى ، الا أنها تحتاج الى مزيد من التفصيل فى التضامن السلبى لاهميته العملية كما سلف القول .

٢٠٤ — متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامنين الآخرين : التضامن لا يقوم الا فى العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين . أما فى علاقة المدينين بعضهم ببعض ، فان الدين ينقسم عليهم ، ويكون لمن وفى منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين ، كل بقدر حصته كما سيأتى .

وحق الرجوع يثبت للمدين اذا وفى كل الدين ، كما جاء فى صدر المادة ٢٩٧ سالفة الذكر . ويفى المدين المتضامن الدين كله للدائن اما لأن الدائن طالبه بذلك بموجب التضامن كما رأينا فيما تقدم [1] ، واما لأن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من مصلحة المدين الذى رفعت عليه دعوى تعويض بالتضامن مع مدين آخر أن يقاضى فى نفس الوقت ذلك المدين الآخر ، ويطلب الى المحكمة فى حالة الحكم عليه بذلك الدين أن تقضى له بحق الرجوع على المدين الآخرى بكافة ما يحكم به عليه هو اذا كان لديه من الأسباب =

المدين المتضامن تقدم من تلقاء نفسه بوفاء الدين كله للدائن وقد سبق أن ذكرنا أن الدائن فى هذه الحالة لايستطيع أن يرفض هذا الوفاء .

وليس من الضرورى ، حتى يثبت حق الرجوع للمدين ، أن يكون المدين قدوفى الدين فعلا ، بل يكفى أن يكون قد قضى الدين نحو الدائن بطريق يقوم مقام الوفاء (١) . فيجوز أن يكون قد وفاه الدين بمقابل (٢) .

= ما يقتضى عدم ملزوميته شخصيا بشىء من الدين . ومصلحته فى ذلك محققة لا احتمالية فقط ، لان رفع الدعوى عليه بادىء لأمر بصفته مدينا متضامنا مع المدين الآخر معناه التزامه فى النهاية بجزء من الدين ، سواء اختار الدائن التنفيذ عليه هو بما حكمت به المحكمة ثم رجع على زميله المدين بحصته فيما حكم ، أو كان الدائن قد اختار التنفيذ على المدين الآخر ثم رجع هذا المدين الآخر على المدين الأول بحصته فيما حكم به طبقا لحكم المادة ١١٥ مدنى (قديم) . وهذه المصلحة المحققة من أول الأمر هى التى تبيح لذلك المدين الرجوع على زميله المدين فى نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معا والمطالبة بالحكم له على المدين الآخر بكل مايحكم به عليه (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩٣) .

وقد قضت محكمة النقض بانه لئن كان يجوز للمدين المتضامن ان يتفق مع غيره من المدينين المتضامنين على ان يتحمل وحده بكل الدين محل التضامن ، الا انه لايجوز لغيره من المدينين المتضامنين الرجوع عليه بهذا الدين الا اذا كان قد وفاه بالفعل للدائن ، ولايغنى عن ذلك صدور احكام نهائية عليه بهذا الدين طالما انه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذا لهذه الاحكام . واذ كانت صورة الدعوى كما اثبتها الحكم المطعون فيه أن البنك الدائن استصدر ضد الطاعنين ومورث المطعون ضدهم احكاما بالزامهم بالتضامن بالدين موضوع الدعوى فاقام الطاعن الأول دعواه بالزام المطعون ضدهم بأن يؤدوا له قيمة الدين من تركة مورثهم استنادا الى اقرار المورث بالتزامه وحده بالدين محل التضامن بمقتضى الاقرار الصادر منه ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى عدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان تأسيسا على انه لم يثبت أن الطاعن الاول قد وفى بالفعل بالدين محل التضامن أو أن البنك الدائن قد نفذ على أمواله بهذا الدين ، فانه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه : نقض مدنى فى ٣ مايو سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٠٢ ص ١٠٥٦ .

(١) ولكن لايكفى أن يكون الدين قد حل وأن يتوقع المدين أن الدائن سيرجع عليه هو دون سائر المدينين ، حتى يكون ذلك مبررا للمدين فى الرجوع مقدما على سائر المدينين خشية اعسارهم . بل لابد من أن يكون المدين قد قضى الدين فعلا اما بالوفاء ، واما بطريق يقوم مقام الوفاء (بيدان ولاجارد ٨ ص ٦١٥ هامش رقم ٣ ـ قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٤٦ .

ويجوز أن يكون قد وفاه الدين بطريق المقاصة . ولكن يشترط فى ذلك أن يكون الدائن قد طالب بالدين هذا المدين بالذات الذى قام به سبب المقاصة ، فعند ذلك يتمسك المدين بانقضاء الدين بالمقاصة فينقضى الدين، وتبرأ ذمته منهكما تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الآخرين، فيرجع على هؤلاء كل بقدر حصته .أما اذا طالب الدائن بالدين مدينا متضامنا آخر غير الذى قام به سبب المقاصة ، لم يستطع هذا المدين الآخر أن يتمسك بالمقاصة الا بقدر حصةالمدين الذىوقعت معه،وعليه أن يدفع للدائن الدينبعد أن يستنزل منههذه الحصة،ثم يكون له بعد ذلك حق الرجوع على المدينين الآخرين .كذلك قد يوفى المدينالمتضامن الدين بطريق التجديد ، وقد رأينا أنه ما لم يحتفظ الدائن بحقه قبل المدينين الآخرين فان ذمة هؤلاء تبرأ بالتجديد الذى وقع (م ٢٨٦ مدنى) ، وعند ذلك يكون للمدين الذى وقع منه التجديد حق الرجوع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته . ويجوز أن يوفى المدين المتضامن الدين بطريق أتحاد الذمة ، فان كان المدين هو الذى ورث الدائن ، فقد رأينا أنه يجوز له أن يرجع باعتباره مدينا وفى الدين على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته . أما الابراء فليس بوفاء للدين، ولا هو طريق يقوم مقام الوفاء . وقد رأينا أن الدائن اذا أبرأ المدين ، فاما أن يرجع على المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذى أبرأه ، واما أن يطالب أيا منهم بكل الدين ، واما ألا يطالب أيامنهم بشىء ، وفى كل هذه الاحوال لا يرجع المدين الذى أبرأه الدائن بشىء على المدينين الآخرين (١) . وكذلك اذا تقادم الدين بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، لم يعتبر هذا وفاء يجيز لهذا المدين أن يرجع على المدينين ، لانه هو لم يدفع الدين أو مقابلا له ، وقد رأينا أن الدائن فى هذه الحالة يستطيع أن

---

(١) فى التقنين المدنى العراقى تنص الفقرة الاولى من المادة ٣٣٥ كما رأينا ، على أنه « اذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بغير الشىء الواجب اداؤه ، أو بطريق اخر يقوم مقام الوفاء كالهبة أو الحوالة ، يرجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى » .

يطالب أيا من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة من تقادم دينـــــه (١) •

وحتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين ، يجب أن يكون الوفاء الذى قام به للدائن قد عاد عليهم بالفائدة ، أى أن يكون هو الذى أبرأ ذمتهم نحو الدائن • فلو أن المدين المتضامن لم يخطر المدينين الآخرين بأنه وفى عنهم الدين ، وقام أحد منهم بوفـــاء الدين للدائن مرة ثانية هو لا يعلم أن المدين الاول قد وفاه ، ثم أخطر سائر المدينين بأنه قد وفى الدين ، فان حق الرجوع يثبت لهذا المدين الذى وفى الدين مرة ثانية دون المدين الاول (٢) •

وليس من الضرورى حتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الاخرين أن يكون قـــد وفى للدائن كل الدين • فيجـــوز ان يفى ببعض الدين اذا قبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئى ، ومع ذلك يكون له الرجوع على المدينين الآخرين ، كل بنسبة حصته فى الدين ، فيما دفعه للـــدائن •

---

(١) وقد ينقضى الدين باستحالة الوفاء بسبب أجنبى ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين دون أن يدفع أحد منهم شيئا للدائن حتى يرجع به على الآخرين •

(٢) لاروميبير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٢٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠ — كذلك لا يكون المدين الذى وفى الدين هو الذى أبرأ ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن اذا كان لم يخطرهم بالوفاء قبل وقوعه وكـان عندهم من الدفوع ما يستطيعون أن يسقطوا به الدين (لاروميبير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٤ هيك ٧ فقرة ٣٣٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠) • ذلك أن المدين المتضامن فى علاقته بالمدينين المتضامنين الآخرين بمثابة كفيل لهم فيما يتعلق بحصصهم فى الدين • وقد نصت المادة ٧٩٨ مدنى ، فيما يتعلق بالكفيل ، على أنه : « ١ — يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين ، والاسقط حقه فى الرجوع على المدين اذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه ٢ — فان لم يعارض المدين فى الوفاء ،بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه او بانقضائه » • على أننا سنرى فيما يلى أن هناك فروقا كثيرة بين المدين المتضامن والكفيل وبخاصة فى علاقة كل منهما بالدائن (انظر ما يلى فقرة ٢٠٨) •

على أنه يجوز للمدين كما قدمنا أن يتفق مع الدائن على أن يدفع له حصته فى الدين أو جزءا منها ، ففى هذه الحاله لا يرجع المدين الذى اقتصر على دفع حصته أو على دفع جزء منها بشىء على المدينين الاخرين، ويرجع الدائن على هؤلاء بالباقى من الدين بعد أن يستنزل ما دفعه له المدين . أما اذا دفع المدين اكثر من حصته ؛ فله الرجوع على المدينين الاخرين بما دفعه زائدا على هذه الحصة ، ويساهم هؤلاء فى ذلك كل بنسبه حصته فى الدين ، ويرجع الدائن عليهم بما بقى من الدين بعد أن يستنزل كل ما دفعه المدين له (١) .

---

(١) على ان كثيرا من الفقهاء فى فرنسا يذهبون الى انه يستوى أن يكون الجزء من الدين الذى وفاه المدين للدائن معادلا لحصته فيه او اكثر أو أقل ، فله ان يرجع فى كل هذه الاحوال على المدينين الآخرين .

ويقولون فى تبرير هذا الرأى ان المدين عندما يوفى الدين أو أى جزء منه انما يعمل بالاصالة عن نفسه وبالنيابة عن سائر المدينين المتضامنين ، فله عليهم حق الرجوع فى حدود ما وفاه من الدين (ديرانتون ١١ فقرة ٢٤٥ - لارومبيير ٢ م ١٢١٤ فقرة ٥ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٢٦ وفقرة ٤٤٤ - فقرة ٤٤٦ - هيك ٧ فقرة ٣٢٣ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٩) .

والصحيح فى رأينا أنه يجب التمييز - عندما يفى المدين بجزء من الدين - بين ما اذا كان قد اتفق مع الدائن على انه انما يدفع له حصته فى الدين او جزءا منها او لم يتفق معه على ذلك .

ففى الحالة الاولى لا يرجع المدين على المدينين الآخرين . ويرجع فى الحالة الثانية . بل نحن نذهب الى أبعد من ذلك ، ونفترض ، عندما يوفى المدين جزاء من الدين ، ان هناك اتفاقا ضمنيا بينه وبين الدائن على انه أنما يوفى حصته فى الدين أو جزءا منها ، فذلك اقرب الى المألوف فى التعامل ، وأيسر فى تصفية العلاقات المختلفة ما بين المدينين المتضامنين . ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين ثلثمائة . وأن المدينين المتضامنين ثلاثة بحصص متساوية ، وقد دفع المدين الأول للدائن مائة ، ثم دفع الثانى للدائن المائتين الباقيتين . فاذا أخذنا بالرأى الذى يقول برجوع المدين على المدينين الآخرين عند وفائه بجزء من الدين وجب أن يرجع الاول على كل من الثانى والثالث بثلث المائة ، ووجب أن يرجع الثانى على كل الأول والثالث بثلث المائتين ، فيأخذ الاول من الثانى ٣٣⅓ ويعطيه ٦٦⅔ ، أى يعطيه فى النهاية ٣٣⅓ ثم يأخذ من الثالث ٣٣⅓ ، فينتهى الى أن يكون قد أخذ من الثالث مثل ما أعطى للثانى ، وخرج من كل ذلك على أنه دفع للدائن حصته ، فى الدين . ثم ان الثانى يأخذ فى النهاية من الاول ٣٣⅓ كما قلنا ، ويأخذ من الثالث ٦٦⅔ ، فيكون ما أخذه منهما ١٠٠ . وقد دفع ٢٠٠ للدائن . فينتهى الى =

٢٠٥ — الاساس القانونى لرجوع المدين — الدعوى الشخصية ودعوى الحلول : والآن نبين الاساس القانونى الذى يقوم عليه رجوع المدين المتضامن على المدينين المتضامنين الآخرين عند وفائه للدائن بالدين ، فهو يرجع اما بالدعوى الشخصية (action personnelle) واما بدعوى الحلول (action en subrogation).

يرجع بالدعوى الشخصية اذا نظرنا الى سابق علاقته بالمدينين المتضامنين الآخرين ، فهم فى الغالب جميعا أصحاب مصلحة مشتركة فى الدين . فاذا أدى واحد منهم الدين عن الباقى ، فهو اما أن يكون وكيلا عنهم فيرجع عليهم بدعوى الوكالة (م ٧١٠ مدنى) ، اما أن يكون فضوليا يعمل لمصلحتهم فيرجع عليهم بدعوى الفضالة (م ١٩٥ مدنى). وكل من دعوى الوكالة ودعوى الفضالة دعوى شخصية تسمح للمدين الذى وفى الدين أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بقدر حصته فيه.

= ان يكون قد تحمل ١٠٠ هى حصته فى الدين أليس خيرا من ذلك أن تقول ان المدين الاول قد دفع للدائن مائة وهى حصته فى الدين . فلا يرجع على أحد بشيء . ثم ان المدين الثانى ، الذى دفع المائتين للدائن ، يرجع على المدين الثالث بمائة هى حصته فى الدين ، ويكون كل من المدينين الثلاثة قد تحمل على هذا الوجه حصته فى الدين من أيسر الطرق ؟ هذا وقد نص التقنين المدنى العراقى صراحة (م ١/٣٢٤) على هذا الرأى الذى نذهب اليه اذ يقول : « لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على الباقين بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه » . كذلك يذهب أوبرى ورو الى أنه لابد لقيام حق الرجوع من أن يكون المدين قد وفى الدائن أكثر من حصته فى الدين (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكرر ص ٥١ — وانظر أيضا الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٠ — والاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص ٢٧٩ وص ٢٩٨ هامش رقم ١) . وهذا ما ذهبت اليه أيضا محكمة النقض اذ قضت بأنه يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المتضامن معه أن يكون وفى أكثر من نصيبه فى الدين واذن فمتى كان الواقع أن الطاعن مدين بالتضامن مع المطعون عليه فى عقد رهن ، وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت بأسباب سائغة أنه لم يوف من الدين المضمون بالرهن الا أقل مما التزم به بمقتضى محضر الصلح المبرم بينه وبين المطعون عليه ، فان ما يزعمه من أن جميع أقساط الدين موضوع الصلح واجبة الاداء له لا سند له من القانون (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٠ ص ٥٨٥) . وأنظر أيضا طنطا ٢٦ ابريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٣٤ ص ٧٧ .

ومزية هذه الدعوى الشخصية هى أنها تجعل للمدين الحق فى تقاضى فوائد عما دفعه للدائن زائدا على حصته لحساب المدينين الآخرين من يوم الدفع . ذلك أن المدين اذا رجع بدعوى الوكالة ، فان المادة ٧١٠ مدنى تقضى بأنه « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، مع الفوائد من وقت الانفاق » . واذا هو رجع بدعوى الفضالة ، فان المادة ١٩٥ مدنى تقضى بأن « يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا اليها فوائدها من يوم دفعها » . وليست الفوائد التى يتقاضاها المدين المتضامن من المدينين الآخرين هى الفوائد التى ينتجها المدين الاصلى : فهذه يستردها المدين مع أصل الدين وتلحق به، ولكنها فوائد مستقلة يتقاضاها ــ بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى اذا كان هنالك اتفاق على ذلك ــ على مجموع المبالغ ، من رأس مال وفوائد ومصروفات ، التى أداها للدائن زائدا على حصته فى الدين [1] ، فيتقاضاها حتى لو كان الدين الذى وفاه للدائن لا ينتج فوائد أصلا [2].

ويرجع المدين المتضامن الذى وفى الدين بدعوى الحلول [3] ، أى بدعوى الدائن الذى وفاه الدين وقد حل محله فيه ، وهذا بموجب المادة ٣٢٦مدنى وتنص على أنه«اذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١١٠ .

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٤٢ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٦ ـ وتتقادم هذه الفوائد فى رأينا بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة (انظر فى هذه المسألة بودرى وتيسييه فقرة ٧٨٤ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٧) .

ولا يرجع المدين المتضامن على المدينين الاخرين بالمصروفات التى حكم بها عليه للدائن اذا هو لم يف بالدين بمجرد مطالبته به ، لانه هو الذى تسبب، بتأخره فى الوفاء بالدين ، فى الحكم عليه بهذه المصروفات (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٤٣ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ ـ بوردى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ ـ وقارن لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٨) . ولكن اذا هو طالب بدوره المدينين الاخرين كلا بحصته وتأخر هؤلاء فى الوفاء ، حكم له هو أيضا عليهم بالمصروفات بداهة لتأخرهم فى الدفع .

(٣) استئناف أهلى ٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٧ ص ١٦٣ .

محل الدائن الذى استوفى حقه فى الاحوال الآتية : ١ ـــ اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه ... » . والمدين المتضامن الذى وفى الدين ملزم به مع المدينين الاخرين ، فاذا وفاه للدائن حل محله فيه عند الرجوع على المدينين الآخرين . ومزية دعوى الحلول هذه أن المدين المتضامن اذا رجع بها تكون له التأمينات ذاتها التى كانت للدائن ، بعد أن حل محله . اذ هو يرجع بنفس الدين الذى وفاه بما له من ضمانات ، لا بدعوى شخصية مستمدة من الوكالة أو الفضالة . وهذا الحكم تنص عليه صراحة المادة ٣٢٩ مدنى اذ تقول : « من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن » .

على أن الدعوى الشخصية ، اذا كانت دعوى الحلول تمتاز عنها فى التأمينات ، تمتاز هى على دعوى الحلول فى أمرين : ١ ـــ اذا رجع المدين بالدعوى الشخصية كان له أن يتقاضى فوائد عن المبالغ التى دفعهاللدائن زائدا على حصته فى الدين كما سبق القول . أما دعوى الحلول فلا يتقاضى فيها المدين الا فوائد الدين الاصلى التى يكون قد دفعها للدائن ، اذا كان من شأن هذا الدين أن ينتج فوائد (١) . ٢ ـــ يسرى التقادم بالنسبة الى الدعوى الشخصية من وقت وفاء الدين للدائن ، فواقعة الوفاء هذه هى مصدر الدعوى الشخصية (٢) . أما بالنسبة الى

---

(١) وقد تكون فوائد هذا الدين الاصلى هى فوائد قانونية استحقت من وقت ان طالب الدائن بحقه المدينين المتضامنين مطالبة قضائية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٧) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحا لدين قائم فانه يحق له ان يرجع على باقى الكفلاء المتضامنين معه كل بقدر حصته فى الدين أوفاه الدائن . ويكون هذا الرجوع اما بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية التى اساسها النيابة التبادلية المفترضة قانونا بين المتعهدين المتضامنين فى الدين على ما تقرره المادة ١٠٨ من القانون المدنى الملغى . واذ كانت الدعوى الشخصية تقوم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين فانه يتعين ـ فى شأن تقادمها ـ أعمال قواعد التقادم المقررة فى شأن الوكالة واعتبار مدة التقادم بالنسبة =

دعوى الحلول ، فان التقادم كان ساريا من وقت حلول الدين الذى وفاه المدين ، وبديهى أن هذا الوقت متقدم على وقت الوفاء ، فتتقادم دعوى الحلول قبل أن تتقادم الدعوى الشخصية لو كانت مدة التقادم المقررة قانونا لكل من الدعويين مدة واحدة (١) .

٢٠٦ ـ انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم : قدمنا أن التضامن لا يقوم الا فى العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين أما فى علاقة المدينين بعضهم ببعض فلا يقوم التضامن ، وانما ينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته (٢) .

وينقسم الدين على المدينين المتضامنين على الوجه المتقدم الذكر ، حتى لو كان المدين الذى وفى الدين « بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » ، كما تقول العبارة الاخيرة من الفقرة الاولى من المادة

= لتلك الدعوى خمسة عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن او من هذا التاريخ فقط يبدأ حقه فى الرجوع على المدينين المتضامنين معه ويصبح هذا الحق مستحق الاداء : نقض مدنى فى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٧ ص ٢٧٦ .

(١) بأن تكون دعوى الدين الاصلى (أى دعوى الحلول) تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة كما تتقادم دعوى الفضالة (م ١٩٧ مدنى) ، أو تتقادم بخمس عشرة سنة كما تتقادم دعوى الوكالة (م ٢٧٤ مدنى) ـ وبديهى أنه اذا اختلفت مدة التقادم ، فالدعوى التى تتقادم قبل الاخرى هى التى تكون مدة التقادم فيها أقصر .

وانظر فى الاساس القانونى لحق رجوع المدين المتضامن على المدينين الآخرين المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١١٥ مدنى (قديم) تنص على أنه اذا قام أحد المتضامنين فى الدين بأدائه ، جاز له الرجوع على باقى المدينين معه كل بقدر حصته فى الدين . ومفاد هذا ان تضامن المدينين قبل الدائن لا يلزم عنه تضامنهم بعضهم قبل بعض ، فالحكم الذى يقضى باعتبار المدينين متضامنين فيما بينهم لكونهم متضامنين قبل الدائن يكون مخالفا للقانون ، متعينا نقضه (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٤ ص ٣٣٤) . أنظر أيضا : استئناف اهلى ٣٠ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٦ ص ٣٤٨ ـ ١٨ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٨٠ .

٢٩٧ مدنى . وقد كان منطق دعوى الحلول يقتضى أن يرجع المدين بما كان يرجع به الدائن نفسه ، أى يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن آخر بعد أن يستنزل حصته هو من الدين . ولكن العمل بمقتضى هـذا المنطق يؤدى الى سلسلة من دعاوى للرجوع لا مبرر لها . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا مثلا خمسة حصصهم فى الدين متساوية ، وكان الدين خمسمائة ، ووفى أحدهم كل الدين للدائن ، وحل محله فيه ، فان منطق دعوى الحلول يقتضى كما قلنا أن يرجع المدين الذى وفى الدين على أحد المدينين المتضامنين الاربعة بأربعمائة ، وهذا الثانى يرجع على الثالث بثلثمائة ، وهذا الثالث يرجع على الرابع بمائتين ، وهذا الرابع يرجع على الخامس بمائة . فالاولى من الناحية العملية أن يقسم المدين الاول منذ البداية الدين على المدينين الاربعة ، ويرجع على كل منهم بمائة . ولاضير عليه من هذا التقسيم ، فانه اذا وجد أحدهم معسرا رجـع على الثلاثة الموسرين بنصيب كل منهم فى حصة المعسر كما سنرى . هذا الى أن المنطق الذى أوردناه لدعوى الحلول يعارضه منطق آخـر للدعوى نفسها . ذلك أن المدين الذى وفى الدين فى المثل المتقدم اذا رجع على أحد المدينين الاربعة بأربعمائة ، كان لهذا المدين الثانى بعد أن يدفع الاربعمائة للمدين الاول أن يحل هو أيضا محل الدائن قبل هذا المدين الاول بالذات بعد أن يستنزل حصته من الدين ، فيرجع عليه بثلثمائة . فيكون المدين الاول قد استوفى من المدين الثانى أربعمائة ثم وفاه ثلثمائة فى دعويين متتابعتين ، فخلص له من كل ذلك مـائة ، فالاولى اذن أن يستوفى هذه المائة منذ البداية وفى دعوى واحدة [1] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٨ . وانظر أيضا بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٤ . ويقول جوسران فى هذا الصدد ان انقسام الدين على المدينين المتضامنين فى علاقتهم بعضهم ببعض لا يفسـر بالرغبة فى تجنب سلسلة من دعاوى للرجوع لا مبرر لها . فسواء رجـع المدين الذى وفى كل الدين على المدين الثانى بكل الدين بعد استنزال حصـته ثم رجع الثانى على الثالث بالباقى بعد استنزال حصته وهكذا ، وهذه هى دعاوى رجوع أربع ، أو رجع المدين الاول منذ البداية على كل من المدينين =

اذن ينقسم الدين — سواء كان الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول — على المتضامنين كل بقدر حصته ، ولا يرجع المدين الذى وفى الدين كله على أى مدين آخر الا بمقدار هذه الحصة . ويبقى بعد ذلك أن نرى كيف تتعين حصص المدينين المتضامنين فى الدين . هنا تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٩٧ مدنى : «وينقسم الدين اذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» .

فاذا وجد اتفاق بين المدينين المتضامنين ، منذ نشوء الدين ، على تعيين حصة كل منهم فيه ، وجب العمل بهذا الاتفاق . وقد يكون ضمنيا، كما اذا اشترى ثلاثة دارا فى الشيوع ، للاول النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس ، وتضامنوا فى دفع الثمن للبائع ، فينقسم الدين بينهم بنسبة حصة كل منهم فى الدار . ويجب على كل حال اثبات الاتفاق وفقا للقواعد العامة فى الاثبات . فاذا أراد أحد المدينين اثبات مقدار حصة مدين آخر فى الدين وكانت قيمة هذه الحصة تزيد على عشرين جنيها وجب الاثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها (١) .

واذا لم يوجد اتفاق ولكن وجد نص فى القانون يرسم طريقة تعيين حصة كل مدين متضامن ، وجب اتباع النص . من ذلك أن الورثة اذا استدانوا للانفاق على مصلحة التركة ، وكانوا متضامنين فى الدين ، فالقانون يعين حصة كل منهم فى الدين بقدر حصته فى الميراث . ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١٦٩ مدنى من أنه « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية

= الاربعة الاخرين بحصته فى الدين ، وهذه هى أيضا دعاوى رجوع أربع ، فان عدد دعاوى الرجوع واحد فى الحالتين . ويفسر جوسران انقسام الدين بأن التضامن ينقضى بمجرد استيفاء الدائن حقه ، فينقسم الدين بانقضاء التضامن بعد أن اصبح الامر مقتصرا على علاقة المدينين بعضهم ببعض . فاذا حل المدين الذى وفى الدين محل الدائن ، حل فى دين منقسم ، فلا يرجع على أى مدين اخر الا بمقدار حصته فى الدين (جوسران ٢ فقرة ٧٧٩) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦ .

فيما بينهم بالتساوى ، الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » . فيجوز اذن للقاضى ، بموجب هذا النص القانونى ، أن يعين حصة كل من المسئولين عن العمل الضار فى التعويض الذى يلتزمون به ، على حسب جسامة خطأ كل منهم ومدى ما أحدثه بفعله من الضرر (١) .

فاذا لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يعين حصة كل من المدينين المتضامنين فى الدين ، لم يبق الا جعل حصص المدينين جميعا متساوية ، اذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الاخرى ، ويفترض تساويهم فى مصلحتهم المشتركة فى الدين (٢) .

٢٠٧ ـ تحمل الموسرين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين منهم : رأينا أن المادة ٢٩٨ مدنى تنص على أنه : « اذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين

---

(١) وفى هذا تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : والقاعدة ان الدين ينقسم بين المدينين بالنسبة المتفق عليها أو المحددة بمقتضى نص فى القانون . من ذلك مثلا نص المادة ٢/٢٣٦ من المشروع ، الخاص بدرجة جسامة الخطأ فيما يتعلق بالتضامن فى المسئولية عن الفعل الضار » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨) . وانظر الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة ، المجلد الثانى ، فقرة ٥٩٩ ص ١٢٥٤ وفقرة ٦٢٠ ص ١٢٨٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ فرض رسم ايلولة على التركات نص على اعتبار المشترى من الوارث مسئولا بالتضامن معه عن كل المتأخر من رسم الايلولة المستحق على المتصرف وهذه المسئولية التضامنية تتحدد بكل قيمة العقار أو الحق العينى المبيع الآيل من التركة : نقض مدنى فى ١١ يونيه سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٢٧ ص ١١٩٢ .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ ـ وانظر أيضا بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين لم يبق الا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرءوس أو بانصبة متساوية ، واذ خلا العقد موضوع الدعوى من تحديد نصيب كل من البائعين فى ثمن ماباعاه معا صفقة واحدة غير مجزأة ، فانه يكون لكل بائع نصف ثمن المبيع : نقض مدنى فى ٩ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٥٧ ص ٣٦٤ .

وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته » . وهنا تبرز فكرة التضامن ما بين المدينين ، فتلامس حتى علاقة المدينين فيما بينهم . ذلك أنهم ، حتى فى علاقتهم بعضهم ببعض ، يتضامنون فى تحمل حصة المعسر منهم . ولكن هذه الحصة تتقسم بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم فى الدين ، فلا يرجع المدين الذى وفى كل الدين على أى من المدينين الموسرين الا بمقدار حصته وبنصيبه فقط فى حصة المعسر . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا ثلاثة حصصهم فى الدين متساوية ، وكان الدين ثلثمائة ، ودفعه واحد منهم ، فانه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بمائة . فلو كان واحد منهما معسرا رجع الدافع على الموسر بمائة وخمسين ، مائة هى حصة الموسر فى الدين وخمسين هى نصيبه فى حصة المعسر . وتحمل الدافع فى النهاية هو أيضا مائة وخمسين ، حصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر) (١) . وقد قدمنا أنه اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن ، فان هذا المدين – مالم يخله الدائن من المسئولية – يتحمل هو أيضا نصيبه فى حصة المعسر ، والى هذا كله تشير المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « واذا أعسر أحدهم تحمل تبعة هذا الاعسار سائر المدينين حتى من قام منهم بالوفاء بالدين . وقد تقدمت الاشارة الى أن من أبرىء من المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن يتحمل نصيبه فى تبعة الاعسار (٢) » .

ويذهب الفقه فى فرنسا الى أن العبرة فى قيام الاعسار تكون بالوقت الذى وفى فيه المدين المتضامن الدين للدائن ، فقد نشأ حقه

(١) ولايجوز أن يتحمل المدين الذى وفى الدين وحده حصة المعسر كلها ، والا لجاز للدائن أن يتحكم ، ولتوقف على اختياره مدينا دون آخر فى الرجوع بالدين أن يتحمل هذا المدين وحده تبعة الاعسار . هذا الى أنه ليس من الانصاف أن جزاء المدين الذى قام بالوفاء عن جميع المدينين ، فعجل ابراء ذمتهم من الدين ، أن يتحمل وحده حصة المعسر منهم (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠) .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ .

فى الرجوع على المدينين المتضامنين ، بما فى ذلك تقسيم حصة المعسر على الموسرين ، فى هذا الوقت • فاذا كان المدينون المتضامنون الآخرون موسرين جميعا وقت الوفاء للدائن ، وتأخر المدين الذى وفى الدين فى الرجوع عليهم حتى أعسر واحد منهم ، فالمدين الذى وفى الدين هو وحده الذى يتحمل حصة هذا المعسر جزاء تأخره فى الرجوع عليه (١) •

ويبدو أن هذا الرأى محل للنظر • فقد يطالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فيبادر هذا المدين الى ادخال باقى المدينين المتضامنين معه فى الدعوى ليحكم على كل بحصته فى الدين ، ويكون المدينون جميعا موسرين وقت تنفيذ الدائن بالدين كله على أموال من رفع عليه الدعوى • ثم يعسر أحد المدينين قبل أن يتمكن المدين الذى وفى الدين من استيفاء حصة هذا المدين الذى أعسر • فهنا لا يمكن أن ينسب أى تقصير الى المدين الذى وفى الدين ، وليس من العدل أن يتحمل وحده حصة المدين المعسر • من أجل ذلك نرى التحفظ فى الرأى الذى يذهب اليه الفقه الفرنسى ، فيكون الاصل فى الاعسار أن يقوم وقت الوفاء للدائن ، فاذا وقع بعد هذا الوقت ، تحمل المدين الذى وفى الدين وحده حصة المعسر ، الا اذا أثبت أنه لم يقصر اطلاقا فى المحافظة على حقه ضد المدين المعسر (٢) •

---

(١) لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٩ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٣٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠ - دى باج ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٣٤ •

(٢) ويرى الاستاذ عبد الحى حجازى أن التقنين المدنى المصرى الجديد لم يأخذ بالرأى الذى يذهب اليه الفقه الفرنسى فى هذه المسألة ، فيقول : « وليس فى القانون المدنى المصرى الجديد ما يفيد أنه أخذ أو يميل الى الاخذ بهذا الرأى • ان القانون يقول : اذا أعسر أحد المدنيين المتضامنين •• وهذا يفيد أنه يجب الاعتداد بالوقت الذى يحصل فيه الرجوع ، لا بالوقت الذى حصل فيه الوفاء • ومع ذلك فمن الواضح أنه اذا ثبت أن المدين الموفى قد تلكأ فى الرجوع على سائر المدينين المتضامنين بما يجعله مقصرا ، وانه لو كان قد بادر الى الرجوع لما أصابه شىء من جراء هذا الاعسار اللاحق ، عندئذ يعتبر مخطئا ، ويؤدى تطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة الى عدم تحمل المدينين المتضامنين هذا الاعسار اللاحق (الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٤٨ هامش رقم ١) •

٢٠٨ ـ تحمل أصحاب المصلحة فى الدين وحدهم بكل الدين : رأينا أن المادة ٢٩٩ مدنى تنص على أنه « اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين » • ويظهر من هذا النص أن هناك حالة لايكون فيها المدينون المتضامنون جميعا أصحاب المصلحة فى الدين ، بل يكون واحد منهم أو أكثر (١) هم أصحاب المصلحة دون الآخرين • فماذا يكون ، فى هذه الحالة ، شأن هؤلاء الآخرين الذين ليست لهم مصلحة فى الدين ، أى ليسوا هم المدينين الحقيقيين ، ومع ذلك يتضامنون فى الدين مع أصحاب المصلحة فيه ؟ انهم يكونون لاشك كفلاء لأصحاب المصلحة ، وأصحاب المصلحة وحدهم هم المدينون الحقيقيون أو المدينون الأصليون • يبقى أن ننظر لماذا لم يبرز هؤلاء وأولئك فى الوضع القانونى المألوف ، مدنيين أصليين وكفلاء ، بل برزوا جميعا مدينين متضامنين ؟ يسوقنا هذا الى ايراد عجالة سريعة فى تاريخ الكفالة •

لم يكن القانون الرومانى القديم يعرف الكفالة فى وضعها الحديث، ولم يكن متصورا فى صناعة هذا القانون أن شخصا آخر يلتزم بنفس الدين الذى التزم به المدين دون أن يكون مدينا أصليا معه ، لا مجرد مدين تابع • فلم يكن هناك بد ، اذا أريد أن يكون للمدين كفيل ، من أن يلتزم الكفيل بالدين التزاما أصليا كما التزم المدين • ولما كان التضامن معروفا منذ زمن قديم وقد سبق الكفالة ـ بل هو الأصل الذى نشأت الكفالة عنه (٢) ـ فقد استخدم لتأدية أغراض الكفالة • فالكفيل كان اذن ، فى القانون الرومانى القديم ، مدينا متضامنا مع المدين الاصلى • ثم مالبث القانون الرومانى أن تطور ، وبدت معالم

---

(١) فليس من الضرورى ان يكون واحد فقط هو صاحب المصلحة ، واذا كان النص قد جرى بان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة ، فهذا لا يمنع من ان يكون صاحب المصلحة اكثر من واحد ، والمهم هو الا يكون المدينون المتضامنون جميعا شركاء فى المصلحة (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٣٨١ ـ لارومبيير ٣م ١٢١٦ فقرة ١) •

(٢) وهذا بخلاف الفقه الاسلامى ، فقد كانت الكفالة هى الاصل الذى نشا عنه التضامن (انظر آنفا فقرة ١٥٠ فى الهامش) •

الكفالة تتبين شيئا فشيئا ، فأعطى للكفيل حق التقسيم اذا تعدد ، ثم أعطى له حق تجريد المدين ، ثم اعترف فى النهاية أن التزامه ليس التزاما أصليا بل هو التزام تابع لالتزام المدين المكفول [١] . على أن مقتضيات الائتمان استوجبت أن تتنوع الكفالة لتزيد توثيقا للدين ، فرجعت فى تنوعها الى ما كانت عليه من قبل ، وأصبحت فى الوقت الحاضر تنطوى على صور متدرجة .

فأبسط صورها وأضعفها توثيقا للدين هى ، كما أشرنا الى ذلك فى مكان آخر [٢] ، أن يكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ودون أن يتضامن مع الكفلاء الآخرين . فيكون الكفيل فى هذه الصورة مدينا تابعا [٣] ، له حق تجريد المدين الأصلى ، وله حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين .

ثم تأتى صورة ثانية للكفالة هى أقوى فى توثيق الدين ، فيكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ولكنه يتضامن مع الكفلاء الآخرين. وهنا يبقى الكفيل مدينا تابعا ، ويبقى له حق تجريد المدين ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين الذين تضامن معهم .

ثم تأتى صورة ثالثة للكفالة تزيد قوة فى توثيق الدين ، هى أن يكفل الكفيل المدين ويتضامن معه كما يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مدينا تابعا ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين لأنه متضامن معهم ، وليس له كذلك حق تجريد المدين لأنه أيضا متضامن معه .

---

(١) جيرار الطبعة الثالثة ص ٦٨٧ و ص ٧٤٤ ، وانظر فى هذه المسألة وفى تطور الكفالة فى القانون الفرنسى القديم بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٦٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن التزام الكفيل - متضامنا أو غير متضامن - يعتبر التزاما تابعا لالتزام المدين الاصلى ، فلا يسوغ النظر فى أعمال أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت فى التزام المدين الاصلى : نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٣ قضائية ، لم ينشر .

ثم تأتى الصورة الأخيرة للكفالة ، وهى أقوى الصور جميعا فى مراتب التوثيق . فيكفل الكفيل الدين فيما بينه وبين المدين، ولكنه يتقدم الى الدائن مدينا متضامنا مع المدين الاصلى ، ومتضامنا مع الكفلاء الآخرين ، الذين يتقدمون هم أيضا مدينين متضامنين مع المدين . وهكذا تعود الكفالة الى ما كانت عليه فى عهدها القديم ، ولكن لأسباب لاترجع الى الصناعة القانونية كما كان الأمر فى القانون الرومانى القديم ، بل ترجع الى اعتبارات عملية هى الوصول فى توثيق الدين الى أبعد غاياته . وهنا لا يكون للكفيل حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين ، ولاحق تجريد المدين ، بل هو لايبقى مدينا تابعا ، وانما يكون مدينا أصليا متضامنا مع المدين المكفول .

هذه الصورة الاخيرة هى التى تعنينا هنا ، اذ نرى أمامنا فيها مدينين متضامنين متعددين فى دين واحد ، ولكن واحدا (أو أكثر) من هؤلاء المدينين هو صاحب المصلحة فى الدين ، أى هو المدين الاصلى، والباقى ليسو الا كفلاء عنه ، ولكنهم تقدموا الى الدائن بوصفهم جميعا مدينين أصليين متضامنين (١) . والمبدأ الأساسى فى هذه الحالة هو التمييز ما بين علاقة هؤلاء المدينين المتضامنين بالدائن اذ تسرى قواعد التضامن ، وعلاقتهم بعضهم ببعض اذ تسرى قواعد الكفالة .

ففى علاقتهم بالدائن ، تسرى قواعد التضامن دون قواعد الكفالة . ومن ثم لايكون لهم حق تقسيم الدين بينهم ولا حق تجريد

---

(١) ومن التطبيقات العملية لهذه الصورة الاخيرة : (أ) التابع والمتبوع ، فهما مسئولان بالتضامن قبل المضرور ، ولكن التابع وحده هو صاحب المصلحة فى الدين . (ب) من هو تحت الرقابة ومتولى الرقابة ، فهما مسئولان ايضا بالتضامن قبل المضرور ، ولكن الاول منهما هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . (ج) صاحب الكمبيالة والمسحوب عليه والمظهرون للكمبيالة وضامنوها كلهم مدينون متضامنون قبل حامل الكمبيالة ، ولكن صاحب المصلحة فى الدين منهم هو المسحوب عليه وحده اذا كان قد قبل الكمبيالة او عنده مقابل للوفاء (Provision) ، والا فالساحب (ليون كان ورينو الطبعة الخامسة ٤ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٩٠ ومابعدها - الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام ص ٢٩٧ هامش رقم ١) .

المدين الأصلى ، بل يكون كل منهم مسئولا قبل الدائن عن كل الـــدين . كذلك لايكون لأى منهم أن يتمسك بالدفوع الخاصة بغيره ولو كـــان هذا الغير هو المدين الأصلى ، بل لا يتمسك الا بالدفوع الخاصـــة به وبالدفوع المشتركة بينهم جميعا [1] . ولا تبرأ ذمة أى منهم بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات ، كما تبرأ ذمة الكفيـــــل (م ٧٨٤ مدنى [2] . ولا تبرأ ذمة أى منهم اذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين الأصلى خلال ستة أشهر من انذار الدائن بذلك ، كما تبـــرأ ذمة الكفيل (م ٧٨٥/٢ مدنى) . ولايسقط حق الدائن فى الرجـــوع عليهم حتى لو أفلس المدين الأصلى ولم يتقدم الدائن فى تفليسته ، كما يسقط حقه فى الرجوع على الكفيل (م ٧٨٦ مدنى) . واذا كان هنالك تأمين عينى خصص لضمان الدين ، جاز مع ذلك للدائن أن ينفذ عـــلى

---

(١) فليس له مثلا ان يتمسك بالتجديد او بالمقاصة او باتحد الذمة او بالابراء او بالتقادم اذا وقع شىء من ذلك مع مدين متضامن آخر ولو كان هو المدين الاصلى ، الا بقدر حصة هذا المدين . ولو اجرينا احكام الكفالة ، لكان له ان يتمسك بهذه الدفوع فى كل الدين ، مادام المدين الاصلى يســـتطيع ان يتمسك بهـــا .

(٢) لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ٤ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٩٥ - فقرة ٥٠٠ — لوران ١٧ فقرة ٣٤٢ — هيك ١٢ فقرة ٢٥٢ — أوبرى ورو ٤ فقـــرة ٢٩٨ مكررة ثالثا ص ٥٤ — ص ٥٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٨٩ — بيدان ولاجارد ٨ ص ٦١٥ هامش رقم ٣ — أنظر عكس ذلك : ديرانتون ٢٨ فقـــرة ٣٨٢ فى الهامش — توليبه ٧ فقرة ١٧٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٩ ص ٥٢٠ هامش رقم ٣ ، وقد كنا من هذا الراى العكسى فى الموجز ، واعتمدنا فى ذلك على حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة ، ولكن الصحيح هو الراى الذى بسطناه فى المتن . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن المدينين المتضامنين وهم كفلاء بعضهم لبعض ، تسرى عليهم احكام الكفالة ، فيجوز لأى منهم أن يتمسك على الدائن بسقوط حقه بقدر ما اضـــاعه بخطأه من التأمينات (١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٢) . ولكن هذه المحكمة رجعت عن هذا الراى بعد ذلك ، فقضت بأن المدينين المتضامنين ، وان كانوا فى علاقتهم فيمـــا بينهم كفلاء بعضهم لبعض ، الا انهم فى علاقتهم بالدائن يعتبر كل منهم مدينا اصليا ، فليس له ان يتمسك بما يتمسك به الكفيل ، وليس له بنوع خاص أن يتمســـك باضاعة التامينات (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٢) .

ويستثنى بودرى وبارد من القـــاعدة التى تقضى بانه لا يجوز للمدين =

أموالهم قبل التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين ، ولايجوز بالنسبة الى الكفيل التنفيذ على أمواله الا بعد التنفيذ على الأمـوال المخصصة للتأمين (م ٧٩١ مدنى) (١) .

أما فى علاقتهم بعضهم ببعض ، فقواعـد الكفالة هي التي تسرى دون قواعد التضامن . وقد قدمنا أنه يجب على أى منهم قبـل أن يقوم بوفاء الدين أن يخطر المدين الأصلى ، والا سقط حقه فى الرجوع على هذا المدين اذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسـباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه . فاذا لم يعارض المدين الأصـلى فى الوفاء ، بقى لمن وفى الدين حقه فى الرجوع عليه ، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه . وهذا هو نفس الحكم الذى يسرى على الكفيل ، من حيث وجوب اخطاره المدين قبـل أن يقوم بوفاء الدين (م ٧٩٨ مدنى) (٢) . ولكن الذى يعنينا أن نبينه هنا ـ وهى المسألة التى نريد الوقوف عندها ـ هـو أن هؤلاء المدينين

المتضامن ان يتمسك على الدائن باضاعته التأمينات حالتين : (ا) اذا اضـاع الدائن التأمينات بسـوء نية ، بأن اتفق مثلا مع المدين الذى قدم التأمينات ان ينزل له عنها فى مقابل مبلغ من النقود ، وقصر رجوعه على المدينين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٩٠) . (ب) اذا كان هنـاك اتفاق بـين الـدائن والمدينين المتضامنين على انه لا يجوز للدائن أن يضيع التأمينات بخطأه . وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا ، بأن يكون الدائن مثلا عالما بأن المدينين المتضـامنين الآخرين لم يقبلوا التضامن الا بعد أن قدمت هذه التأمينات (بودرى وبارد ٢ فقـرة ١٢٩١) .

(١) على انه اذا كان الدائن يعلم أن مدينا متضامنا هو وحده صـاحب المصلحة فى الدين ، ثم أبراه منه ، فليس له ان يرجع بعـد ذلك بشىء عـلى المدينين الآخرين . ذلك انه اذا رجع على أحد منهم ، كان لهذا أن يرجع على صاحب المصلحة بالرغم من ابرائه فلم تعد هنـاك فائدة من هذا الابراء . وما دام الدائن قد أبرأ صاحب المصلحة فى الدين وهو عالم بذلك ، فالمفروض أنه أراد من باب أولى ابراء المدينين الاخرين . كذلك اذا ورث الدائن صاحب المصلحة فى الدين ، لم يكن له أن يرجع بشىء على غير أصحاب المصلحة من المدينين المتضامنين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٣٨٠) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٤ فى الهامش .

المتضامنين ، وقد ارتدوا كفلاء فى علاقتهم بالمدين الأصلى ، لا يتحملون بشىء من الدين شأن كل كفيل اذ لا مصلحة لهم فيه : بل المدين الأصلى صاحب المصلحة هو الذى يتحمل بالدين كله . فاذا كان الدائن قد طالب المدين الأصلى بالدين فدفعه ، لم يرجع هذا المدين بشىء على المدينين المتضامنين معه اذ هم ليسوا الا كفلاء عنه . أما اذا كان الدائن قد طالب أيا من هؤلاء المدينين المتضامنين غير المدين الاصلى بالدين فدفعه ، رجع الدافع بالدين كله على المدين الاصلى كما يفعل الكفيل الذى وفى المدين فى رجوعه على المدين ، ولم ينقسم الدين على سائر المدينين المتضامنين . وهذا ، كما رأينا ، ما تنص عليه صراحة المادة ٢٩٩ مدنى ، اذ تقضى بأنه اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين . فيتحمل المدين الاصلى اذن بالدين كله، سواء طالبه به الدائن فدفعه دون أن يرجع بشىء على المدينين الآخرين ، أو طالب به الدائن مدينا آخر فدفعه ورجع به كله على المدين الاصلى . والى هذا تشير المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى اذ تقول : « ولكن اذا كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله فى صلته بالباقين . فلو أقيم الدليل على أن مدينا من المدينين المتضامنين هو المدين الاصلى وأن الآخرين ليسو سوى كفلاء — فى حدود صلتهم بعضهم ببعض لا فى حدود صلتهم بالدائن — وجب أن يتحمل هذا المدين الدين كله ، فاذا وفى لم يكن له حق الرجوع على الباقين ، واذا قام بالوفاء مدين آخر كان لهذا المدين أن يرجع عليه بالدين كله » (١) . ويخلص من هذه العبارة أنه يفترض فى الاصل أن المدينين المتضامنين المتعددين كلهم أصحاب مصلحة فى الدين ، فاذا ادعى أحد منهم أن واحدا أو أكثر من هؤلاء المدينين هم وحدهم أصحاب المصلحة فى الدين ، فعليه يقع عبء الاثبات . وعليه أن يثبت ذلك وفقا للقواعد العامة فى الاثبات ، فلا يجوز أن يثبت الا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أن بعض المدينين

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨ — ص ٩٩ .

المتضامنين فى دين تزيد قيمته على عشرين جنيها هم وحدهم أصحاب المصلحة فيه (١) .

ويلاحظ أنه اذا كان أصحاب المصلحة فى الدين أكثر من واحد ، فان المدين الذى وفى الدين دون أن يكون ذا مصلحة فيه يرجع على أى من أصحاب المصلحة بكل الدين ، اذ كل من هؤلاء مدين أصلى . وهذا هو الحكم فيما اذا كان للمدينين المتضامنين المتعددين كفيل وفى الدين عنهم ، فقد نصت المادة ٨٠١ مدنى على أنه « اذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذى ضمنهم جميعا أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين» (٢) . وينقسم الدين بين أصحاب المصلحة فيه، فاذا وفى أحدهم الدين كله ، سواء بدفعه مباشرة للدائن أو بوفائه لمدين غير ذى مصلحة قام بدفعه للدائن ، رجع على الباقى من أصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين .

واذا دفع مدين غير ذى مصلحة فى الدين كل الدين للدائن بناء على مطالبته اياه ، وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة فى الدين فوجدهم جميعا معسرين ، رجع عند ذلك على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين (٣) . فان لم يكن متفقا على تعيين حصة كل منهم، كانوا جميعا متساوين فى الحصص .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٣ .

(٢) وللكفيل الذى وفى الدين عن المدينين المتضامنين أن يرجع على أى منهم بكل الدين ، حتى لو كان المدين الذى رجع عليه قد اشترط على المدينين الآخرين أن يتحملوا هم وحدهم بكل الدين ، فان هذا الشرط النافذ فى علاقة هؤلاء المدينين بعضهم ببعض لا يسرى فى حق الكفيل (بلانيول وريبير وجسابولد ٧ فقرة ١٠٩٢) .

(٣) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٥١ ـ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ مكررة ١ ص ٣٨٣ الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ـ ص ٢٤٩ ـ وقد طبقنا هنا أحكام الكفالة . وقد ورد فى هذا المعنى نص صريح فى التقنين المدنى المصرى ، اذ تقضى المادة ٧٩٦ من هذا التقنين بأنه « اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم » . وتنص المادة ٢٠٣٣ من التقنين المدنى الفرنسي على أنه « اذا تعدد الكفلاء لمدين واحد فى دين واحد ، فالكفيل الذى وفى الدين يرجع على الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته » .

الفصـــل الثـالث

الالتزام غير القابل للانقســـام *

(Obligation indivisible)

٢٠٩ — تقسيم الموضوع : نبحث الالتزام غير القابل للانقســام ، كما بحثنا الالتزام التضامنى ، على الوجه الآتى : (أولا) أسباب عــدم قابلية الالتزام للانقسام ، وهذا يقابل فى الالتزام التضــامنى مصــادر التضامن . (ثانيا) الآثار التى تترتب على قابلية الالتزام للانقسام(١) .

الفــرع الأول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٠ — النصوص القانونية : تنص المـادة ٣٠٠ من التقنين المدنى عــلى مــا يــأتى :

---

* **مراجع** : **كاميل كليير** (Camille Kleyer) فى الالتزامات القــابلة للانقسام وغير القابلة له رسالة من بروكسل سنة ١٨٧٣ — **لويس جوترون** (Louis gotteron) فى عدم قابلية الالتزامات للانقســام فى القــانون الرومانى وفى القانون الفرنسى رسالة من بوردو سنة ١٨٧٦ — بنكاز ٢ فقرة ٨٠٠ وما بعدها — هرنيه (Hervé) فى التضامن وعــدم القابلية للانقســام والكفــالة رســالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — بودرى وبارد ٢ فقــرة ١٣١٢ وما بعدها — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٣ وما بعدها — أوبرى ورو ٦ فقــرة ٣٠١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٨ وما بعدها — دى باج ٣ فقــرة ٢٩٢ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقــرة ١٨٩٥ وما بعــدها — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٣٣ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٧٩٢ وما بعدها .

(١) وقد كسب موضوع الالتزام غير القابل للانقسام شــهرة بعيــدة فى الغموض . وزاد فى تعقيده وغموضه مؤلف وضعه ديمولان (Dumoulin) من أشهر فقهاء القانون الفرنسى القديم ، فى القرن الســادس عشر ، عالج فيه هذا الموضوع بإفاضة ، وشبهه بتيه يضل فيه السارى ، وقد وضع له المفاتيح والخيوط التى يهتدى بها فى اجتياز هذا التيه . ولخص بوتييه هــذا المؤلف فى بضع صفحات ، وعن بوتييه أخذ واضعو التقنين المدنى الفرنسى النصــوص التسعة التى صــاغوها فى هذا الموضــوع (بلانيــول وريبير وجابســولد ٧ فقــرة ١٠٩٨) .

« يكون الالتزام غير قابل للانقسام » :

« (أ) اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم » .

« (ب) اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٦/١٧٢ (٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٠٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٧٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٠ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٦١ — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٤١ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٠ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٠ — ص ١٠٢) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١١٦/١٧٢ : متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام ، بالنسبة لحالة الاشياء المتعهد بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد ، فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل ، وله الرجوع على باقى المتعهدين معه . (ولا فرق فى الحكم بين التقنينين القديم والجديد)

(٣) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٠٠ (مطابقة) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٨٧ (مطابقة)

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٦ (مطابقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٠ : يكون الموجب غير قابل للتجزئة : اولا — بسبب ماهية الموضوع حينما يكون شيئا أو عملا غير قابل لتجزئة مادية أو معنوية . ثانيا — بمقتضى صك انشاء الموجب أو بمقتضى القانون حينما يستفاد من الصك أو من القانون أن تنفيذ الموجب لا يكون جزئيا .

ويلاحظ أن التقنين اللبنانى يضيف القانون الى أسباب عدم القابلية للانقسام . ولا محل لذكر القانون هنا ، فالنص الذى يقضى بعدم جواز تجزئة التنفيذ لا يجعل الالتزام ذاته غير قابل للانقسام ، ولكن يورد حكما فى تنفيذه ، مثل ذلك عندما ينص القانون على عدم جواز تجزئة الوفاء .

وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٦١ (مطابقة) .

=

ويتبين من هذا النص أن عدم القابلية للانقسام يرجع اما لطبيعة محل الالتزام ، واما للاتفاق (١) •

٢١١ — عدم القابلية للانقسام يرجع الى طبيعة المحل : عنى ديمولان (Dumoulin) ، وهو من فقهاء القانون الفرنسى القديم البارزين ، عناية خاصة بموضوع الالتزام غير القابل للانقسام ، وله فيه تقسيمات مشهورة ، لعلها ساعدت على تعقيد هذا الموضوع أكثر مما أدت الى تبسيطه •

على أن من تقسيماته ما بقى حتى اليوم معمولاً به • من ذلك أنه يميز فى عدم القابلية للانقسام الذى يرجع الى طبيعة المحل بين صورتين :

(الصورة الاولى) صورة عدم التجزئة المطلقة (indivisibité absolue) أو عدم التجزئة الحتمية (indivisiblité necessaire) ، وتتحقق عندما يكون محل الالتزام بطبيعته غير قابل أصلا للانقسام ، فعدم الانقسام يرجع الى أصل الخلقة لا الى عارض من عمل الانسان •

فاذا كان الالتزام محله نقل حق عينى ، فالاصل فيه أن يكون قابلا للانقسام ، اما انقساما طبيعيا (division matérielle) كما اذا كان المدين ملتزما بنقل ملكية عشرين أردبا من القمح فيمكن انقسام هذا الالتزام انقساما طبيعيا الى أجزاء متعددة وأما انقساما معنويا division intellectuelle كما اذا كان المدين ملتزما بنقل ملكية منزل فان هذا الالتزام يمكن أن ينقسم انقساما معنويا الى نقل ملكية نصف المنزل فى الشيوع وربعه وخمسه وهكذا (٢) • غير أن هناك حقين عينيين لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية ، وهما حق الارتفاق وحق الرهن •

= وفى التقنين المدنى الاردنى م ٤٤١ ونصها كالاتى : « لا يتبل التصرف التجزئة اذا ورد على محل تأباه طبيعته أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها . (وهذا النص يتفق فى حكمه مع التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى العبارة) .

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٥٠ .

(٢) أنظر فى أمثلة لعدم القابلية للانقسام نظرا لطبيعة المحل : استئناف =

= مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٤_١٥ أبريل سنة ١٩٠٠م١٢ ص ١٩٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٠٤ - وانظر فى عدم القابلية للانقسام فى رصيد الحساب الجارى : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٤ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٠ - وانظر فى عدم قابلية دعوى القسمة للانقسام : استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١ - ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٦ - وانظر فى عدم قابلية دعوى بطلان المرافعة للانقسام : استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨ - نقض مدنى فى ١٩ يونيه ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٦١ ص ١٠٣٦ وفى عدم قابلية دعوى الصورية ودعوى البطلان للانقسام : استئناف مختلط ٣٠ نوفمبرسنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن طلب ورثة المشترى لعقار صحة ونفاذ البيع الذى عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى فى جميع الاحوال غير قابل للتجزئة ، اذ مثل هذه الدعوى التى يقصد بها أن تكون دعوى استحقاق مآلا ، يعتبر فى الاصل قابلا للتجزئة ، لكل وارث أن يطالب بحصة فى المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة لطبيعته أو لمفهوم قصد عاقديه . واذن فمتى كان الواقع أن ورثة المشترى أقاموا دعواهم على ورثة البائع يطلبون الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر من مورث هؤلاء الآخرين عن قطعة أرض فضاء ، ولما قضى برفض الدعوى استأنف بعض الورثة دون البعض الآخر الحكم ، وكان الحكم الاستئنافى اذ قضى بقبول الاستئناف والغاء الحكم الابتدائى وصحة ونفاذ البيع استنادا الى أن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، لم يبين كيف توافر لديه الدليل على هذا : فانه يكون قد شابه قصور مبطل فى قضائه ، لانه متى كان المبيع قطعة ارض فضاء فانه لا يصح اطلاقا القول بأن الموضوع غير قابل للتجزئة دون بيان سند لهذا القول (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٣ ص ٣٩٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد لا تعتبر من الدعاوى التى لا تقبل التجزئة الا اذا كان محل العقد غير قابل لها بطبيعته اذ بحسب قصد عاقديه : نقض مدنى فى ٥ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ١٤ ص ٩٢ .

وقضت محكمة النقض ، فى خصوص دعوى الغصب ، بأنه اذا رفعت دعوى الغصب ، وكانت العين المغصوبة المطلوب ردها قابلة بذاتها للتجزئة ، بل مجزاة فعلا ، وتحت يد كل من المدعى عليهم بالغصب جزء معين منها يستند فى وضع يده عليه الى عقد صادر له من مملكة ، وحكمت المحكمة برفضها ، فاستأنف المدعى هذا الحكم فى الميعاد ضد بعض المدعى عليهم الواضعى اليد على بعض اجزاء العين ، ثم استأنف بعد الميعاد ضد المدعى عليهم الواضعى اليد على بعض الاجزاء الاخرى ، فلا يقبل قول هذا المستأنف بأن موضوع الحق المطلوب غير قابل للتجزئة ، وانه لهذه العلة يكفى أن يكون استئنافه =

فمن يلتزم بترتيب حق ارتفاق أو ترتيب حق رهن لا يستطيع أن يجزىء التزامه ؛ ويكون الالتزام فى هاتين الحالتين غير قابل للانقسام بصفة مطلقة أو بصفة حتمية (١) .

= قبل البعض صحيحا ليكون الاستئناف قبل البعض الاخر صحيحا ولو كان بعد الميعاد ، بل الحكم الذى يقبل هذا ويقرره فى هذه الصورة يكون باطلا متعينا نقضه (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٥ ص ٢٢٦) ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بانه اذا تكيفت الدعوى بأنها دعوى ملكية موضوعها ملكية منزل وأساسها فعل غصب ادعى به على عدة اشخاص ، أصبح موضوع الدعوى ، وهو تثبيت الملكية للمنزل والتخلى عن تسليمه ، لا يقبل الانقسام ، واعتبر هذا الطلب المبنى على فعل الغصب غير قابل للتجزئة عند التنفيذ . وما دام المدعى عليهم جميعا معتبرين غاصبين ، فلا محل للتفرقة بينهم ، اذ يجوز للمدعى مقاضاتهم بهذه الصفة ، سواء اكانوا غاصبين بأنفسهم أم حالين محل الغاصب ، وسواء أكانوا حسنى النية أم لا (استئناف مصر ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٠ ص ٧٠٧) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الموضوع فى دعوى تثبيت الملكية والمطالبة بالريع موضوع قابل للتجزئة ولو انصبت الدعوى على مال شائع : نقض فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ رقم ١٨٨ ص ١١٨٥ .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد ما تنص عليه المادة ١٠٤٠ من القانون المدنى من أن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك ؛ أن الرهن الرسمى على العقار حق غير قابل للتجزئة ؛ سواء بالنسبة الى العقار المرهون أو بالنسبة الى الدين المضمون ؛ فاذا انقضى جزء من هذا الدين بقى العقار المرهون ضامنا لما بقى من الدين : نقض مدنى فى ١١ يوليه سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٧٣ ص ١٠٠٠ .

كما قضت محكمة النقض بأن التركة منفصلة شرعا عن اشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عينى تبعى بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شىء منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها . واذا كانت القاعدة أن الحق العينى التبعى لا يقبل التجزئة ؛ فانه على هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة الى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة ويكفى أن يبديه البعض ليفيد منه باقى الورثة متى وضح أن مقصود من أبداه لم يكن هو الدفاع عن نصيبه المحدد فى التركة وانما الدفاع عن عموم التركة كنائب شرعى عنها : نقض مدنى فى ٢٥ مارس سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ٦١ ص ٣٨٤ .

واذا كان الالتزام محله القيام بعمل كالالتزام بتسليم شيء ، فانه قد يكون بطبيعته قابلا للانقسام وقد لا يكون . فاذا تعهد شخص بتسليم أرض ، فانه يستطيع أن يجزيء التزامه اذ الارض قابلة بطبيعتها للتجزئة فيمكن أن يسلم جزءا من الارض ثم يسلم جزءا آخر وهكذا . أما اذا تعهد بتسليم حيوان حي ، حصان مثلا ، فانه لا يستطيع أن يجزيء التزامه ، اذ الحيوان الحي كل لا يتجزأ عند التسليم . صحيح أنه تجوز تجزئته في نقل ملكيته ، فتنتقل ملكية نصف الحصان أو ربعه ، ولكن الالتزام بتسليم الحصان هو التزام غير قابل للانقسام ، وعدم القابلية للانقسام هنا يرجع الى أصل الخلقة فهو مطلق أو حتمى . كذلك التزام البائع بضمان الاستحقاق التزام غير قابل للانقسام ، ويرجع ذلك الى طبيعة محل الالتزام . وقل مثل هذا في التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة (١) . وغنى عن البيان أن الالتزام بالقيام بعمل ، حتى اذا كان في طبيعته غير قابل للانقسام ، يصبح قابلا للانقسام اذا تحول الى تعويض نقدى (٢) .

واذا كان الالتزام محله الامتناع عن عمل ، فأكثر ما يكون أنه غير قابل للانقسام ، اذ أى عمل يأتيه المدين مخالفا لالتزامه يعتبر خرقا للالتزام . فاذا تعهد بائع المتجر لمشتريه الا ينافسه في حدود معينة ، فأية منافسة يقوم بها البائع في الحدود المتفق عليها تعتبر خرقا للالتزام، ولا يستطيع البائع أن يقوم بالتزامه من عدم المنافسة الا قياما غير مجزأ وغير قابل للانقسام بامتناعه أصلا عن المنافسة . على أنه يمكن أن نتصور أن الالتزام بعدم المنافسة يكون قابلا للانقسام استثناء . فاذا كانت أعمال المنافسة التى التزم بها البائع قد فصلت وقسمت الى أعمال معينة

---

(١) انظر في كل ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

(٢) نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ داللوز الاسبوعى ١٩٣٣ - ٢٣٤ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الالتزام بالتعويض النقدى قابل للانقسام : نقض مدنى في ١٧ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٤٦ ص ٣٢٩ .

يضمها كلها التزام واحد ، بأن اشترط المشترى مثلا عـلى بائع المتجـر ألا يقيم متجرا آخر منافسا ، وألا يصرف عملاء المتجر عنه ، وألا ينتزع منه مستخدميه ، فمن الممكن فى هذه الحالة أن يقـوم البائع بجـزء من التزامه ويخل بجزء آخر ، فيمتنع مثلا عن اقامة متجر مماثل ولكنه ينتزع مستخدمى المتجر ، ويكون الالتزام بالامتناع عن عمل فى هـذه الحـالة قابلا للانقســام (١) .

(**الصورة الثانية**) صورة عدم التجزئة النسبية (indivisibilité relative) أو عدم التجزئة الطبيعية (indivisibilité naturèlle) . وتتحقق عندما يكون محل الالتزام غير قابل للانقسام لا بأصـل خلقته ، بل لعارض من عمل الانسان . مثل ذلك الالتزام بتسليم متجر ، فان المتجر وهو محـل الالتزام اذا كان قابلا للانقسام بطبيعته اذ تمكن تجزئة عناصره المختلفة من مكان وسلع وعملاء وحقوق وديون وما الى ذلك ، الا أنه جعل بعمل الانسان كلا غير قابل للتجزئة ، فلا يمكن تسليم بعضه دون بعض . كذلك الالتزام ببناء منزل هو أيضا التزام غير قابل للانقسام ، لا بأصل خلقته ، والا فمن الممكن أن نتصور تجزئة بناء المنزل ، فيقوم بتشـييد حيطـانه مقاول ، ويقوم بعمل أبوابه ونوافـذه مقاول ثان ، ويقـوم بتجهيـزه بالادوات الصحية مقاول ثالث وهكذا . ولكن الالتزام عنـدما يقع عـلى بناء منزل فى مجموعه ، فقد جعل محل الالتزام كلا غير قابل للتجزئة ، ولا يعتبر الالتزام قد نفذ الا اذا تم بناء المنزل بأكمله (٢) .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولـد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٤ ـ وقـد عرضت المذكرة الايضاحية لهذه الصورة الاولى ، صورة عـدم التجزئة المطلقـة أو الحتمية ، فقالت : « تتناول المادة ٤٢٤ (م ٣٠٠ مدنى) بيـان حالتى عـدم القابلية للانقسام : (١) فتعرض الاولى حيث يرد الالتزام على محل لا يقبل التجزئة بطبيعته ، كما هو الشأن فى تسليم شىء معين بذاته يعتبر كلا لا يحتمل التبعيض كجواد مثلا ، أو فى ترتيب أو نقل حق غير قابل للانقســام كالارتفاق مثلا ، أو فى التزام وضع لا يتصور فيه التفريق كالبقاء على موقف سلبى معين بمقتضى التزام بالامتناع عن عمل شىء » (مجمـوعة الاعمـال التحضـيرية ٣ ص ١٠١) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٤ ـ وأنظر أيضـا بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٩٢ .

٢١٢ ــ عدم القابلية للانقسام يرجع الى الاتفــاق : ويكون الالتزام أيضا غير قابل للانقســـام ، كما تقـــول الفقرة (ب) من المادة ٣٠٠ مدنى « اذا تبين من الغرض الذى رمى اليه المتعاقــدان أن الالتزام لا يجـــوز تنفيذه منقسما ، أو اذا انصرفت نيـــة المتعاقـــدين الى ذلك » . فمحـــل الالتزام يكون اذن بطبيعته قابلا للانقسام ، ولكن المتعاقدين أراداه غـــير قابل للانقسام بالاتفاق فيما بينهما . وعدم التجزئة هنا تسمى عدم تجزئة اتفاقيـــة (indivisibilité conventionnelle) أو عدم تجزئة عرضـــية (indiv. accidentelle) ، أو عدم تجزئة فى التنفيذ (indiv. solutione tentum) والارادة اما أن تكون صريحة أو ضمنية .

فالارادة تكون صريحة اذا اشترط الدائن عـــلى المدين صراحـــة فى العقد الذى أنشأ الالتزام ألا يجوز تنفيذه منقســـما ، بل يجب تنفيـــذه باعتباره كلا غير قابـــل للتجـــزئة . وأكثر ما يقـــع ذلك فى الالتـــزامات التضامنية عنـــدما يريد الدائن ألا ينقسم الالتزام عـــلى ورثة أحـــد من المدينين المتضـــامنين أو عنـــدما يريد الدائنون المتضـــامنون ألا ينقسم الالتزام على ورثة أى منهم ، فيشترط الى جانب التضـــامن فى الالتزام عدم قابليته للانقسام[١] ، وقد رأينا فى التضامن أن الالتزام ينقسم على الورثة ما لم يشترط عدم قابليته للانقسام . وكثـــيرا ما يشترط فى نظم الشركات التجارية أن السهم يكون غير قابل للتجزئة بالنسبة الى الشركة، فلا يجوز أن يمثل السهم أمام الشركة ، الا شخص واحد (٢) .

وتكون الارادة ضمنية اذا تبين مثلا أن الغـــرض الذى يرمى اليـــه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل فى تنفيذه للتجزئة (٣) . فمن اشترى

---

(١) ويكون الشرط هنا واقعا على الالتزام ذاته فيجعله غير قابل للانقسام ولا يعتبر أنه تعاقد على تركة مستقبلة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٥) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الاصل أن الالتزام يكون قابلا للانقسام اذا ورد على محل يقبل بطبيعته أن ينقسم ، الا أنه يصح تقرير عدم انقســـام الالتزام بارادة المتعاقدين ، ولمحكمة الموضوع سلطانها المطلق فى استخلاص =

أرضا ليبنى عليها مدرســة أو مستشفى أو دارا ، وكان البناء يقتضى كل هذه المساحة من الارض المبيعة ، وقد دخل ذلك فى حساب المتعاقدين فان الارض وان كانت قابلة للتجزئة بطبيعتها ، الا أنها فى هذه الحالة لا تمكن تجزئتها بالنسبة الى الغرض الذى رمى اليه المشــترى ، وقــد علم بــه البائع ، وكان محل اتفاق ضمنى بينهما • كذلك اذا تعهد شخص باقراض آخر مبلغا من النقود ليسترد عينا أو ليشفع فيها ، وكان هــذا المبلغ كله ضروريا للاسترداد أو للاخذ بالشفعة ، فان الالتزام هنا لا يتجزأ طبقــا للغرض الذى رمى اليه المتعاقدان (١) •

= ما اذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت الى قابلية أو عدم قابلية الالــتزام للانقسام متى كان استخلاصها سائغا ولا مخالفة فيه للثابت بالاوراق دون معقب عليها من محكمة النقض : نقض مدنى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٥٩ ص ١٣٢٨ •

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٢٧ ص ٤٥٣ ـ وانظر المذكرة الايضــاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٠١ ـ وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الالتزام يصح تقريره بارادة المتعاقدين . واذن فمتى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن اشترى من المطعون عليه قطعتى ارض منفصلتين الواحدة عن الاخرى ولكن افرغا معا فى محرر واحد ، وكان الحكم ، اذ قضى برفض الدعوى التى اقامها الطاعن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة الى احدى القطعتين تأسيسا على أن التزامات الطــاعن بالنسبة الى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة وانه قصر فى الوفاء بها ، قد اقام قضاءه على أن الطاعن تعهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانيــة وأن نية المطعون عليه واضحة فى هذا من رغبته التخلص من ديونه دفعة واحــدة ببيع قطعتى الارض على السواء لمشتر واحد يكمــل من باقى ثمن احــداهما ما على الاخرى لنفس الدائن ، متى كان الحكم قد اقام قضاءه على ذلك ، فان ما ينعاه عليه الطاعن من خطأ فى تطبيق القانون استنادا الى انه أوفى المطعون عليه بكامل ثمن القطعة التى طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد بالنســبة اليهــا يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجمــوعة احكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

هذا ويذهب بعض الفقهاء الى جعل عدم التجزئة النسبية وعــدم التجزئة الاتفاقية قسما واحدا فكلاهما يرجع الى الجهة التى اعتبر من ناحيتها الالتزام (دى باج ٣ فقرة ٢٩٨ وفقرة ٣٠٠ وفقرة ٣٠٤ ـ أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٧٤ ـ بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٨٠ ـ فقرة ٨٨٢ ـ كولان وكابيتان ٢ فقــرة ٢ فقرة ٧٢٤) • ويستبقى فقهاء آخرون التمييز بين هذين النوعين (بلانيول وديبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ـ فقرة ١١٠٢ ـ بلانيول وديبير وبولانجيه =

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٣ - تعدد المدينين أو تعدد الدائنين : تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « لا تظهر أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام الا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون ، أما ابتداء عند انشاء الرابطة القانونية ، وأما بعد ذلك اذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفا من طرفى الالتزام . أما حيث لا يتعدد الدائن ولا المدين ، فيتعين الوفاء بالالتزام كاملا دون تبعيض ، منقسما كان أو غير قابل للانقسام ، وللدائن أن يرفض الوفاء الجزئى (١) » .

والواقع من الامر أنه مادام كل من الدائن والمدين واحدا ، فسواء كان الالتزام قابلا للانقسام أو غير قابل له ، فليست هناك أية أهمية عملية لهذا التمييز ، اذ أن الالتزام - قابلا للانقسام أو غير قابل له - يكون دائما فى تنفيذه غير قابل للانقسام . ولا يستطيع المدين أن يجزىء تنفيذه ، وأن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، ولو كان الالتزام قابلا لهذه التجزئة . فاذا كان على المدين مبلغ من النقود ، وحل أجل الدين ، لم يستطع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل جزءا من هذا المبلغ ، مع أن النقود قابلة للتجزئة (٢) .

= فقرة ١٨٩٨ - فقرة ١٩٠٤ - جوسران ٢ فقرة ٧٩٥) . وانظر فى أن عدم القابلية للانقسام انما يقع على محل الالتزام لا على الالتزام ذاته ، وأنه أقرب الى أن يكون خصوصية فى تنفيذ الالتزام من أن يكون وصفا له : بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٥ .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٤ .

(٢) على أنه قد يكون كل من الدائن والمدين واحدا ويكون من المهم مع ذلك معرفة ما اذا كان الالتزام غير قابل للانقسام ، وذلك فى حالة استعمال القاضى لحقه فى نظرة الميسرة (م ٣٤٦/٢ مدنى) . فاذا كان الالتزام غير قابل للانقسام - بطبيعته على الاقل - لم يستطع القاضى أن يجزىء الالتزام على اقساط ، وان استطاع تأجيله كله (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٦) . كما =

وانما تتبين أهمية التمييز بين الالتزام القـــابل للانقســـام والالتزام غير القابل له ، اذا تعدد المدين أو تعــدد الدائن • فاذا تعــدد المدين فى التزام ، فالاصل أن ينقسم الالتزام على المدينين (١) ، الا اذا كان غــير قابل للانقسام ، فعندئذ يكون كلا لا يقبل التجزئة • وعلى كل مدين أداؤه كاملا للدائن ، حتى لو لم يكن هناك تضامن بين المدينين • كذلك اذا تعدد الدائن ، فالاصل أيضا أن ينقسم الالتزام على المدينين ، الا اذا كان غــير قابل للانقسام ، فعندئذ يستطيع كل دائن أن يطـــالب المدين بالدين كله ، حتى لو لم يقم تضامن بين الدائنين •

ومن ثم يجب تعــدد المدينين أو الدائنين ، حتى تظهــر الآثار التى تترتب على عدم القابلية للانقسام • وهذا ما يدعو الى جعل عدم القابلية للانقسام وصفا متعلقا ، لا بمحل الالتزام ، بل بأطرافه (٢) • والتعــدد اما أن يوجد منذ البداية عند نشوء الالتزام ، واما أن يطرأ بعــد نشــوء الالتزام وقبــل تنفيــذه ، بأن يموت الــدائن أو المــدين ويترك ورثـــة

= قد يترتب على اشتراط عدم الانقسام الربط بين التزامين منفصـــلين فى الاصل ، فيصير التزام المدين واحدا لا يقبل التجزئة (الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام ص ٣٠٦ هامش رقم ١ ـ نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) •

وقد قضت محكمة النقض بأن الحساب الجارى الذى يخضع لقاعدة عدم التجزئة هو الحساب الذى يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفيـــه يعتبر فيها كل منهما مدينا احيانا ودائنا احيانا اخرى ، وتكون هذه العمليات متشابكة يتخلل بعضها بعضا بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر : نقض مدنى فى ١٩ يونيه سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض الســنة ٢٠ رقم ١٦١ ص ١٠٣٦ •

(١) انظر فى انقسام الدين على المدينين المتعددين : اســتئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٦ ـــ ١٨ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٧ ـــ ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٨ ـــ ٢٩ يونيه ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٥٣ •

(٢) ذلك لانه مادامت اهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام لا تظهر الا عنــد تعدد المدين أو الدائن ، فوصف عدم القابلية للانقسام انما يدور مع هذا التعدد، لا مع طبيعة المحل فى ذاته ، فيلحق بأطراف الالتزام دون محله (انظر دى باج ٣ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٢ وفقرة ٢٩٢ ـــ فقرة ٢٩٣ ـــ أوبرى ورو ٤ فقــرة ٣٠١ ص ٧٦ ـ ص ٧٧ ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٩) ـ وفى =

متعددين (١) ، أو بأن يحول الدائن أو المدين جزءا من الدين الى محال له أو محال عليه ، فيتعـدد الدائنون أو المدينون لا عن طريق الميراث بل عن طـريق الحــوالة .

فنستعرض اذن : (أولا) تعدد المدينين (ثانيا) تعدد الدائنين .

المبحث الأول

تعدد المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسـام

٢١٤ ـ **النصوص القانونية** : تنص المـادة ٣٠١ من التقنين المـدنى عـلى مـا يـأتى :

« ١ ـ اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام ، كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا » .

« ٢ ـ وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين ، كل بقدر حصته ، الا اذا تبين من الظروف غير ذلك (٢) » .

= هذا المعنى تنص المادة ٧٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ان « الموجب القابل للتجزئة يجب تنفيذه فيما بين الدائن والمديون كما لو كان غير قابل لها ، ولا يلتفت الى قابلية التجـزئة الا اذا كان هنـاك عـدة دائنـين لا يستطيع كل منهم أن يطالب الا بحصته من الدين القابل للتجزئة ، أو اذا كان عدة مديونين لا يلزم كل منهم الا بجزء من الدين . وتطبق القاعدة نفسها على الورثة ، فلا يمكن أن يطالبوا أو يطالبوا الا بالحصة التى تعـود لهم أو عليهم من دين التركة » .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المواد ٣٠٠ و ٣٠١ و ٣٠٢ من القانون المدنى يدل على أن وصف عدم قابلية الالتزام للانقسام ، وان كان ينبعث فى جـوهره من محـل الالتزام ، الا انه ينصرف فى آثاره الى أطـراف الالتزام ، ذلك انه ـ وعلى ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى ـ لا تظهر اهمية عدم قابلية الالتزام لانقسـام الا حيث يتعدد المدينـون او الدائنون اما ابتداء عند انشاء الرابطة القانونية ، واما بعد ذلك اذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفا من طرفى الالتزام : نقض مدنى فى ١٧ مارس سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ١٥٤ ص ٨٣٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ ـ اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام، كان =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٦/١٧٢ (١) •

ويقابل فى التقنينات المدنيـة العربيـة الاخـرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٠١ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٨ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٧ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٧٢و٧٣ — ٧٤و٧٧ — ٧٨ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٦٢ — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٤٣ (٢) •

= كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا ، وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين ٢ — وللمدين الذى وفى الدين حق الرجوع على الباقين ، كل بقدر حصته، الا اذا تبين من الظروف غير ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين » من الفقرة الاولى ، ولم تذكر اللجنـة سبب الحذف ، ولكن الظاهر أن هذا السبب يرجع الى أنه عنـد موت المدين تكون التركة مسئولة عن التزامه حتى لو كان قابلا للانقسـام وفقـا لاحكام الشريعة الاسلامية ، فلا ينقسم على الورثة ، ومن ثم لم يعد هنالك حاجة الى النص على هذا الحكم فى خصوص الالتزام غير القابل للانقسام . وقد أصبح النص بعد هذا الحـذف مطابقا لما استقر عليـه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصـبح رقمه ٣١٣ فى المشروع النهائى • ووافق عليـه مجلس النـواب ، وكذلك لجنة مجلس الشـيوخ وقد ذكرت فى تقـريرها ما يأتى : « اقترح أن يضاف الى نصوص المواد ٣٠٠ وما بعدها الخاصـة بالالتزام غـير القـابل للانقسام النص الآتى : تسرى أحكام التضامن عـلى الالتزام غـير القـابل للانقسام ، وذلك بقدر ما تتفق هـذه الاحكام مع طبيعتـه ، وذلك لبيان حكم التقادم والابراء وما الى ذلك من أحكام التقادم فى خصوص الالتزام غير القابل للانقسام . ولم تر اللجنة الاخذ بهذا الاقتراح ، لان اكثر أحكام التضامن تقوم على فكرة النيابة ، ومن الاحوط التحرز من بسط نطـاق هـذه الفكرة عـلى الالتزام غير القابل للانقسام . أما بيان الاحكام التى يشير اليها الاقتراح فيرجع فيها الى القواعد العامة ، هـذا فضـلا عن أن صـيغة النص المقترح لا ترد القاضى الى ضابط بين المعالم » . ثم وافق مجلس الشيوخ عـلى النص تحت رقم ٣٠١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٢ — ١٠٦) .

(١) التقنين المدنى السابق م ١١٦/١٧٢ : متى كان الوفاء بالتعهد غـير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الاشياء المتعهد بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد ، فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل ، وله الرجوع عـلى باقى المتعهدين معه . (والحكم واحد فى التقنينين القديم والجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السـورى م ٣٠١ (مطـابقة) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٨٨ (مطـابقة) .

وحتى نقابل مابين تعدد المدينين فى الالتزام القابل للانقسام والتضامن بين المدينين نجرى فى البحث هنا على الخطة التى جرينا عليها هناك ، فنبحث فى الالتزام غير القابل للانقسام : ١ - علاقة الدائن بالمدينين • ٢ - وعلاقة المدينين بعضهم ببعض •

= التقنين المدنى العراقى م ٣٣٧ (مطابقة) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧١ : اذا تعدد المديونون فى موجب غير قابل للتجزئة أمكن الزام كل منهم بايفاء المجموع ، على ان يكون له حق الرجوع على سائر المديونين • ويسرى هذا الحكم على ورثة من عقد مثل هذا الموجب اذ لا تصح فيه قاعدة التجزئة الارثية خلافا لدين التضامن • ويكون الرجوع على بقية المديونين اما باقامة دعوى شخصية واما باقامة الدعوى التى كانت من حق الدائن مع ما يتبعها من وجوه التأمين •

م ٧٣ : ان المديون بدين لا يتجزأ والمدعى عليه بمجموع الموجب يمكنه أن يطلب مهلة لادخال بقية المديونين فى الدعوى ليحول دون صدور الحكم عليه وحده بمجموع الدين • أما اذا كان لا يمكن استيفاء الدين الا من المديون المدعى عليه ، جاز صدور الحكم عليه وحده وله عندئذ حق الرجوع على سائر شركائه فى الارث أو فى الموجب بما يناسب حصة كل منهم •

م ٧٤ : ان قطع احد الدائنين لمرور الزمن فى موجب لا يتجزأ يستفيد منه الاخرون كما ان قطعة على مديون ينفذ فى حق سائر المديونين • وكذلك الاسباب الموقفة لمرور الزمن فان حكمها يسرى على الجميع •

م ٧٧ : ان الدين القابل للتجزئة بين المديونين لا يتجزأ : أولا - حينما يكون موضوع الموجب تسليم شىء معين بذاته موجود فى حوزة أحد المدينين • ثانيا - حينما يكون أحد المديونين موكلا وحده بتنفيذ الموجب اما بمقتضى عقد الانشاء واما بمقتضى عقد لاحق له • وفى كلتا الحالتين يمكن أن يطالب بمجموع الدين المديون الواضع يده على الشىء أو الموكل بالتنفيذ ، ويكون له عند الاقتضاء حق الرجوع على شركائه بالدين •

م ٧٨ : ان قطع مرور الزمن فى الاحوال المبينة فى المادة السابقة ، على المديون التى تمكن مطالبته بجميع الدين ، تسرى مفاعيله على سائر الموجب عليهم •

والاحكام واحدة فى التقنين اللبنانى والتقنين المصرى ، الا أن نصوص التقنين اللبنانى أكثر تفصيلا ، فقد عرضت لعدم تجزئة الالتزام بالنسبة الى ورثة المدين - وان كان هذا غير دقيق وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية كما قدمنا - كما عرضت لتكييف دعوى رجوع المدين على سائر المدينين ، ولامكان المدين أن يطلب مهلة لادخال بقية المدينين فى الدعوى ، ولاثر قطع التقادم ووقفه بالنسبة الى المدينين الآخرين • وهذا كله يمكن الاخذ به فى مصر دون حاجة الى نص لانه تطبيق للقواعد العامة • وعرض التقنين اللبنانى الى حالة خاصة للالتزام غير القابل للتجزئة - اذا تركز عدم التجزئة فى أحد =

المطلب الأول

علاقة الدائن بالمدينين

٢١٥ — **المبادىء الأساسية** : فى علاقة الدائن بالمدينين يكون للالتزام غير القابل للانقسام محل واحد لا يتجزأ . فوحدة المحل يشترك فيها الالتزام غير القابل للانقسام والالتزام التضامنى ، ولكن الاول يزيد على الثانى فى ان هذا المحل الواحد غير قابل للتجزئه .

ويترتب على فكرة وحدة المحل وعدم قابلينه للتجزئه ما يأتى :

أولا — فيما يتعلق بالوفاء يستطيع الدائن أن يطالب أيا من المدينين المتعددين بالدين كله ، فانه دين واحد غير قابل للتجزئة .

ثانيا — وفيما يتعلق بأسباب انقضاء الالتزام الاخرى غير الوفاء ، اذا انقضى الالتزام بأى سبب منها بالنسبة الى احد المدينين المتعددين ، فانه — نظرا لوحدة الالتزام وعدم قابليته للتجزئة — ينقضى بالنسبة الى الآخرين ، وقد رأينا فى التضامن انه ينقضى بقدر حصة من قام به سبب انقضاء الالتزام .

ثالثا — ولما كان المدينون المتعددون فى الالتزام غير القابل للانقسام لا يربطهم بعضهم ببعض الا أن المحل واحد غير قابل للتجزئة ، فهذه رابطة ترجع الى طبيعة الاشياء ولا تقوم على أساس من النيابة التبادلية ومن ثم لا يترتب فى عدم القابلية للانقسام ماكان يترتب فى التضامن على النيابة التبادلية (١) .

= المدينين المتعددين بأن كان محل الالتزام تسليم شىء معين بالذات موجود فى حيازة هذا المدين أو بأن كان هذا المدين موكولا اليه وحده تنفيذ الالتزام — فعند ذلك يكون لهذا الالتزام بالنسبة الى هذا المدين وحده أحكام الالتزام غير القابل للانقسام ، فتجوز مطالبته وحده بالالتزام كله ، وقطع التقادم بالنسبة اليه يعتبر قطعا للتقادم بالنسبة الى الآخرين .

وفى التقنين المدنى الكويتى م ٣٦٢ (مطابقة) .

وفى التقنين المدنى الاردنى م ٤٤٣ (مطابقة) .

(١) وقد تقدم أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت فى تقريرها ان الاحوط للتحرز مزيسط نطاق فكرة النيابة التبادلية على الالتزام غير القابل للانقسام =

ونتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادىء الثلاثة .

٢١٦ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء — امكان الدائن مطالبة أى مدين بالالتزام كله : يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بالالتزام غير القابل للانقسام ، فان محل هذا الالتزام واحد لا يتجزأ ، فأى مدين من المدينين المتعددين تعتبر ذمته مشغولة بالنسبة الى الدائن بكل الالتزام (٢) .

وكذلك يجوز لأى مدين أن يفى بكل الالتزام للدائن ، ويجبر الدائن

= (أنظر آنفا فقرة ٢١٤ فى الهامش) . وقد أحسنت اللجنة صنعا فى ذلك ، فان النص الذى كان مقترحا عليها ورفضت الاخذ به كان يقضى بمد أحكام فيما يقوم على النيابة التبادلية الى الالتزام غير القابل للانقسام ، فكان هذا النص يدخل فكرة غريبة على التزام لا تتلاءم معها طبيعته . انظر مع ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، حيث ورد فيها ما يأتى : « وقد واجهت المادة ٤٢٥ حالة تعدد المدينين ، وفى هذه الحالة يلتزم كل مدين فى صلته بالدائن بالوفاء بكل الالتزام كما هو الشأن فى التضامن ، وتستبعد كذلك فكرة النيابة حيث يكون اعمالها ضارا ، وتستبقى اذا كان ذلك نفع للمدينين : انظر المادة ٧٤ من التقنين اللبنانى » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤) . وهذه العبارة الاخيرة ، التى تشير الى مد فكرة النيابة التبادلية الى الالتزام غير القابل للانقسام فيما ينفع ، ليست صحيحة كما رأينا . والمادة ٧٤ من التقنين اللبنانى ، اذا كانت تجعل قطع التقادم أو وقفه بالنسبة الى احد المدينين يقطع التقادم أو يقفه بالنسبة الى الباقى ، فليس يرجع ذلك الى قيام نيابة تبادلية . ولو كان الامر كذلك ، لما انقطع التقادم أو وقف بالنسبة الى الباقى ، لأن النيابة التبادلية لا يجوز اعمالها فيما يضر كما مر . وانما يرجع انقطاع التقادم ووقفه بالنسبة الى المدينين الآخرين الى أن طبيعة المحل ، من حيث عدم قابليته للتجزئة ، تقتضى هذا الحكم كما سيجىء (قارن الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٨) .

(٢) انظر الفقرة الاولى من المادة ٣٠١ مدنى . ويترتب على ذلك انه اذا جمع شخصين التزام غير قابل للانقسام ، وكان احدهما رشيدا والآخر قاصرا امكن الدائن أن يلزم الرشيد منهما بتنفيذ الالتزام كله . فاذا لم يقم هذا المدين بالتنفيذ ، امكن الدائن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم عليه بالتعويض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٣٧) . وقضت محكمة النقض بأنه متى كان حكم التضامن وعدم التجزئة نافذا على المدينين ، فلا محل لان يسائلوا نازع الملكية عن تنفيذ اجرى على أطيان احدهم ، مادامت هذه الاطيان داخلة فى الاطيان المرهونة التى تقرر عليها حق امتياز لنازع الملكية سابق فى المرتبة على من نفذ عليها ، مما مقتضاه أن نازع الملكية حتى اذا =

على قبول هذا الوفاء ، ولا يستطيع أن يقتصر على قبول حصة المدين فى الالتزام اذا أراد هذا أن يفى بكل الالتزام . ومتى وفى المدين الالتزام كله للدائن ، برئت ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن بهذا الوفاء .

واذا طالب الدائن أحد المدينين المتعددين بكل الدين على الوجه الذى قدمناه ، كان لهذا المدين أن يدخل فى الدعوى باقى المدينين حتى يحكم عليهم جميعا بالدين ، اذا كان الالتزام يمكن لأى مدين تنفيذه ، أو كان لا يمكن تنفيذه الا بوساطتهم جميعا . وحتى اذا كان المدين المطالب بالدين هو وحده الذى يمكن استيفاء الدين منه ، كان له أيضا أن يدخل بقية المدينين فى الدعوى ، حتى يستصدر عليهم أحكاما برجوعه على كل منهم بحصته فى الدين (١) .

ولكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن له بكل الدين بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا ، كما فى التضامن . ولكن ، كما فى التضامن أيضا ، لا يجوز له أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر غيره . فيجوز اذن للمدين أن يدفع بأنه كان ناقص الأهلية وقت عقد الدين ، أو أن ارادته قد شابها عيب من غلط أو تدليس أو اكراه ، وهذه أوجه دفع خاصة به . ويجوز له أيضا أن يدفع بأن الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء أو أنه باطل لسبب من أسباب

= سكت عن استعمال حقه عندما أجرى هذا التنفيذ ، فان حقه فى اقتضاء دينه كاملا من مدينيه المتضامنين معا يبقى قائما ، وهؤلاء وشأنهم فى رجوعهم بعضهم على بعض (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٨ ص ٤٢٠) .

(١) انظر المادة ٧٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى . وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٤ — فقرة ١٣٣٨ — هذا وللمحكمة من تلقاء نفسها ، دون طلب من المدين ، أن تأمر بادخال باقى المدينين فى الدعوى ، وتعين ميعادا لحضورهم ، وتكلف من يقوم من الخصوم باعلانهم (م ١١٨ من تقنين المرافعات) . بل يجوز لباقى المدينين أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم فى الدعوى لرعاية حقوقهم (م ١٢٦ من تقنين المرافعات) . وقد قدمنا مثل ذلك فى حالة ما اذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بكل الدين (انظر آنفا فقرة ١٨٤) .

البطلان، أو أنه لم يحل أجله أو يتحقق شرطه، وهذه أوجه دفع مشتركة بين المدينين . ولا يجوز للمدين أن يدفع بنقص أهلية أو غلط أو تدليس أو اكراه قام بمدين آخر غيره ، فان هذه أوجه دفع خاصة بغيره من المدينين .

واذا مات أحد المدينين ، فان الدين لا ينقسم على ورثته كما كان فى التضامن (١) ، ويكون كل وارث مسئولا عن الدين بأكمله . ولسنا فى حاجة الى هذا الحكم اذا طبقنا فى الميراث أحكام الشريعة الاسلامية (٢) ، فان هذه الاحكام تجعل التركة لا الورثة مسئولة عن الديون ، فيصبح الدين غير قابل للتجزئة سواء كان فى أصله قابلا أو غير قابل للانقسام (٣) .

هذا ويلاحظ أنه اذا استحال محل الالتزام غير القابل للانقسام الى تعويض نقدى ، أصبح الالتزام قابلا للانقسام ، وينقسم فعلا على المدينين المتعددين، فقد زالت العقبة التى كانت تحول دون انقسام الدين.

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٤ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٨٠ ص ٩٩ .

(٢) وقد رأينا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص صريح يقضى بهذا الحكم ، فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليه ، اذ هو نص تمليه طبيعة الاشياء ويكفى فيه تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية (انظر آنفا فقرة ٢١٤ فى الهامش — ومع ذلك انظر آنفا فقرة ١١٩ فى الهامش) .

(٣) وحتى لو قسمت الديون المؤجلة على الورثة عند تصفية التركة وفقا لاحكام المادة ٨٩٥ مدنى ، فان الدين غير القابل للانقسام لا يقسم بين الورثة، بل يوضع فى نصيب أحد الورثة فيختص به وحده نظرا لطبيعته غير القابلة للانقسام (الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٩ ص ٣١٠ هامش رقم ٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان موضوع النزاع يدور حول استحقاق الطاعن لاعانة غلاء المعيشة وبدل الاجازات وفى أحقية المطعون عليهم فى فصله من عمله وهو على هذه الصورة موضوع غير قابل للتجزئة لان الطاعن كان يقوم بعمل واحد لدى المطعون عليهم ولدى مورثهم من قبل فلا يتصور أن يستحق اعانة غلاء معيشة أو بدل أجازة قبل بعضهم دون البعض الآخر كما لا يتصور أن يكون فصله من العمل قد تم دون مبرر فى حق البعض دون الآخر : نقض مدنى فى ١٧ ابريل سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١١١ ص ٧٦٩ .

أما فى التضامن فيبقى الدين ، حتى لو استحال الى تعويض نقدى ، غـير منقسم ، وتجوز مطالبة أى مدين بكل التعويض . واذا كان التعـويض مقدرا فى شرط جزائى ، فانه ينقسم كذلك فى الالتزام غير القابل للانقسام على المدينين المتعددين كما ينقسم التعويض الذى يقدره القاضى ، الا أنه اذا كان أحد المدينين هو الذى صدر منه خطأ فى الاخـلال بالالتزام كان مسئولا عن الشرط الجزائى بأجمعه ، أما الباقون فينقسـم عليهم الشرط الجزائى (أنظر م ١٢٣٢ و ١٢٣٣ مدنى فرنسى (١)) .

٢١٧ ـ انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء: ولمـا كان محل الالتزام غير قابل للتجزئة كما قدمنا ، فان انقضاء الالتزام بأى سبب آخر غير الوفاء ، ولو بالنسبة الى أحد المدينين ، يجعله منقضيا بالنسـبة الى المدينين الآخرين .

فاذا قام أحد المدينين بقضاء الالتزام عن طريق التجـديد ، انقضى الالتزام بالنسبة اليه وبالنسبة الى المدينين الآخرين .

واذا وقعت مقاصـة بين الدائن وأحـد الدائنين ، فانقضى الالتزام بالمقاصة بالنسبة الى هذا المدين ، انقضى أيضا بالنسبة الى باقى المدينين. ويستطيع أى من هؤلاء أن يدفع مطالبة الدائن له بالمقاصـة التى وقعت مع المدين الاول ، وذلك فى كل الدين ، لا بمقدار حصة المدين الاول فقط كمـا هـو الحـكم فى التضـامن .

واذا اتحدت ذمة الدائن بذمة أحـد المـدينين ، انقضى الدين كله ، لا بالنسبة الى هذا المدين وحده ، بل أيضا بالنسبة الى جميع المدينين . وكان هؤلاء ، فى التضامن ، لا يحتجون باتحاد الذمة الا بمقـدار حصـة من اتحـدت ذمتـه فقط .

واذا أبرأ الدائن أحد المدينين من الالتزام غير قابل للانقسام ، برئت

---

(١) اوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٨٠ ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٩ ـ بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٣ .

ذمة المدينين الآخرين ، لأن طبيعة الالتزام لا تحتمل أن تبرأ منه ذمة مدين دون ذمة مدين آخر مادام الالتزام غير قابل للتجزئة .

وكذلك اذا تقادم الدين غير المتجزىء بالنسبة الى أحد المدينين المتعددين ، تقادم أيضا بالنسبة الى المدينين الآخرين . أما فى التضامن فان كلا من المدينين المتضامنين لا يحتج بالتقادم الحاصل لغيره ، الا بمقدار حصة هذا المدين فقط (١) .

٢١٨ — عدم قيام نيابة تبادلية بين المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام : ولما كانت الرابطة التى تربط مابين المدينين المتعددين فى التزام غير قابل للانقسام هى وحدة المحل غير القابل للتجزئة ، فليس يقوم بينهم ، كما يقوم فى التضامن ، نيابة تبادلية ، لا فيما يضر ولا فيما ينفع . ويترتب على ذلك ما يأتى :

١ — انقطاع التقادم أو وقفه : اذا انقطع التقادم أو وقف بالنسبة الى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، فان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة الى المدينين الآخرين (٢) . أما فى التضامن ، فلا ينقطع التقادم أو يقف كما قدمنا ، لانعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما يضر .

---

(١) قارن فى كل من المقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦١ — ص ٢٦٤ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٨ م ٢٩ ص ٤٥٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٩ ص ٦٤٨ — دى باج ٣ فقرة ٣٥٦ ص ٢٩٤ — الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٤ — ص ٢٦٥ (وقارن بالنسبة الى وقف التقادم ص ٢٦٥) — قارن الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٠٧ هامش رقم ١ .

هذا وحتى لو قلنا بأن وقف التقادم يقتصر أثره على من قام به من المدينين سبب الوقف ، فلا مناص مع ذلك من القول بأن الدائن يرجع بكل الدين على من وقف التقادم بالنسبة اليه فلم ينقض دينه ، وهذا المدين يرجع على المدينين الآخرين الذين اكتمل التقادم بالنسبة اليهم كل بمقدار حصته (الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٥) . فلا تبرأ اذن ذمة هؤلاء المدينين الآخرين — فى رجوع المدينين بعضهم على بعض — باستكمالهم للتقادم ، مادام التقادم قد وقف بالنسبة الى واحد منهم .

٢ ـ خطأ أحد المدينين : وخطأ أحد المدينين المتعددين فى التزام غير قابل للانقسام لا يتعدى أثره الى المدينين الآخرين ، بل يقتصر على المدين الذى ارتكب الخطأ فهو وحده يكون مسئولا عنه . وهذا الحكم انما يترتب على أن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يتعدى أثر الخطأ الصادر من أحد المدينين الى المدينين الآخرين (١). وهذا هو الحكم أيضا فى التضامن ، الا أنه يقوم هناك على أن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين لا أثر لها فيما يضر المدينين ، كما تقدم القول .

٣ ـ الاعذار والمطالبة القضائية : واذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فان هذا الاعذار لا يسرى فى حق المدينين الآخرين ولا يعتبرون معذرين ، اذ لا توجد نيابة تبادلية فيما بينهم ولا تقتضى طبيعة المحل غير القابل للتجزئة أن يكون اعذار أحد المدينين اعذارا للباقين (٢) واذا أعذر أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام الدائن ، لم يفد هذا الاعذار المدينين الآخرين ، لانعدام النيابة التبادلية حتى فيما ينفع ، ولعدم اقتضاء طبيعة المحل غير القابل للتجزئة هذا الحكم (٣) وقد رأينا فى التضامن أن اعذار الدائن لاحد المدينين المتضامنين لا يكون أعذارا للباقين لعدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر ، ورأينا أن اعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن يفيد المدينين الآخرين لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

ومطالبة الدائن لأحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام مطالبة قضائية لا تضر المدينين الآخرين ولا تجعل الفوائد تسرى عليهم (٤) ؛

---

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٥ ـ الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٧ ـ ص ٢٦٨ .

(٢) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٧ ـ الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٥

(٣) انظر عكس ذلك الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٤) وان كانت تقطع التقادم بالنسبة الى المدينين جميعا ، فقد قدمنا ان قطع التقادم بالنسبة الى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام يعتبر قطعا للتقادم أيضا بالنسبة الى باقى المدينين .

لانعدام النيابة التبادلية ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى هذا الحكم (١) • وقد رأينا فى التضامن كذلك أن مطالبة أحـد المدينين المتضامنين لا تضر بالباقين ، ولكن يرجع السبب فى هـذا الى أن النيـابة التبادلية فى التضامن لا تقوم فيما يضر •

٤ — الصلح : واذا صالح أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام الدائن ، فان كان فى الصلح ابراء من الدين ، أفاد منه المدينون الآخرون• ولكن ليس ذلك لأن هنـاك نيابة تبادلية فيما ينفـع كمـا هـو الامر فى التضامن ، بل لأن الابراء من الدين وهو غير قابل للتجزئة يتضمن ابراء ذمة المدينين الآخرين (٢) •

واذا كان الصلح يتضمن زيادة الالتزام أو تسـوئة مركز المدين ، لم يتعد أثره الى المدينين الآخرين الا اذا قبلوه ، لأن الصلح عقد يقتصر أثره على المتعاقدين ، ولأن طبيعـة المحل غـير القابل للتجـزئة لا تقتضى أن يتعدى أثر الصلح الى المدينين الآخرين • وهـذا هـو الحكم أيضـا فى التضامن ، ولكنه مبنى على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما قدمنا (٣)

٥ — الاقرار : واذا أقر أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، فان اقراره لا يتعدى أثره الى المدينين الآخرين ، لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر ، ولأن طبيعة المحل غير القـابل للتجـزئة لا تقضى أن يسرى الاقرار فى حق المدينين الآخرين • وهذا هو الحكم أيضا فى التضـامن ، ولكنه مبنى على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما رأينا •

واذا أقر الدائن لأحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، فان كان الاقرار غير متعلق بأمر خاص بهذا المدين بل يتناول الدين ذاتـه ، فانـه

---

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٠٨ — ٦٠٩ — لوران ١٧ فقرة ٣٩١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٧ ص ٤٦٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ — ص ٤٧٨ — انظر عكس ذلك كوليه دى سانتير ٥ فقـرة ١٠٦ مكررة ١ — الموجز للمؤلف فقرة ٥١٢ ص ٥٢٥ .

(٢) الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ •

(٣) الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ •

يسرى فى حق المدينين الآخرين ، وذلك لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك (١) • وهذا الحكم أيضا فى التضامن ، ولكنه مبنى على قيام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع •

٦ ـ اليمين : واذا وجه الدائن اليمين الى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام فحلفها ، وكان اليمين يتعلق بالدين ذاته ، فان المدينين الآخرين يفيدون من ذلك ، ولكن ليس للسبب الذى ذكرناه فى التضامن من أن هناك نيابة بين المدينين المتضامنين فيما ينفع ، ولكن لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى هذا الحكم • واذا نكل المدين ، فان نكوله يكون اقرارا ، وقد قدمنا أن الاقرار لا يتعدى أثره الى المدينين الآخرين (٢) •

واذا وجه أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام اليمين الى الدائن فحلف ، فان توجيه اليمين لا يضر بالمدينين الآخرين لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يضر توجيه اليمين بالمدينين الآخرين ، وقد رأينا أن السبب فى التضامن يرجع الى عدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر • واذا نكل الدائن ، انتفع بنكوله المدينون الآخرون ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك ، لا لقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما هو الأمر فى التضامن (٣) •

٧ ـ الحكم : واذا صدر حكم على أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، وكان الحكم مبنيا على أسباب ترجع الى الدين ذاته ، فانن أثر الحكم يسرى فى حق المدينين الآخرين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتحزئة تقتضى ذلك • وقد رأينا فى التضامن أنه اذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، لم يحتج بهذا الحكم على الباقين ، وذلك راجع الى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر • هذا واذا كان الحكم على المدين فى

---

(١) قارب استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٢٨ •
(٢) الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ •
(٣) الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ •

الالتزام غير القابل للانقسام مبنيا على أسباب خاصة بهذا المدين ، فان أثر الحكم لا يسرى فى حق الباقين ، اذ لاتقضى طبيعة المحل سريانه فى حقهم (١) .

واذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، أمكن الباقين أن يحتجوا به ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة (٢) .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٨ ـ بيدان ولاجارد ٨ ص ٨٧٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المطعون عليهم قد رفعوا الدعوى على الطاعنين بطلب ازالة مبنى الفيلا الخاصة بالمطعون عليه الاول واعادة بنائها على نفقة الطاعنين وبالزامهم بالتعويض متضامنين للتأخير فى تسليم الفيلا ، فقضى الحكم المطعون فيه بالازالة واعادة البناء وحصل التأخير فى تسليم الفيلا ، ورتب عليه القضاء بالتعويض فان موضوع الخصومة يكون مما لا يقبل التجزئة ، ويترتب على بطلان الحكم بالنسبة لبعض الطاعنين بطلانه بالنسبة لباقيهم : نقض مدنى فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٧٧ ص ٥٠٩ ، ونقض ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ رقم ٨٣ ص ٥٤٥ .

كما قضت محكمة النقض بأنه اذا كان النزاع يقوم على بطلان عقد البيع الصادر من المطعون عليه الثانى للمطعون عليه الاول تأسيسا على ان العقد قد تضمن شرطا مانعا من التصرف ، وكان النزاع على هذه الصورة غير قابل للتجزئة اذ لا يتصور أن يكون عقد البيع صحيحا بالنسبة للبائع وباطلا بالنسبة للمشترى ، فان بطلان الطعن بالنسبة للاول لعدم صحة اعلانه يستتبع بطلانه بالنسبة للثانى مما يتعين معه الحكم بعدم قبول الطعن : نقض مدنى فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٥٨ ص ١٠٢٨ .

وقضت محكمة النقض أيضا بأنه متى كانت الطاعنات قد اقمن الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد الصادر لهن من مورثهن ومورث المطعون ضدهم ، واذ دفع المطعون ضدهم الثلاثة الاولون الدعوى بأن ذلك العقد لا يتضمن بيعا منجزا بل ينطوى فى حقيقته على تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، وكان النزاع فى هذه الصورة يدور حول المركز القانونى للمطعون ضدهم المستمد بالنسبة لهم جميعا من طعنهم على التصرف الصادر من مورثهم اضرارا بحقهم فى الارث باعتبارهم من الغير بالنسبة لهذا التصرف ، واذ يعتد المطعون ضدهم جميعا سواء فى هذا المركز ماداموا يستمدونه من مصدر واحد هو حقهم فى الميراث ولا يحتمل الفصل فى طعنهم على التصرف غير حل واحد ، وكان لا يصح فى هذه الصورة أن يكون التصرف بيعا بالنسبة لبعضهم ويكون فى نفس الوقت وصية بالنسبة للآخرين منهم ، وكان مؤدى ذلك هو عدم قابلية موضوع النزاع للتجزئة ، فان بطلان الطعن بالنسبة للمطعون ضدها الثالثة =

وهـذا هـو أيضـا شأن التضـامن ، ولكن ذلك يرجع الى قيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما سبق القول (١) .

= يستتبع بطلانه بالنسبة للمطعون ضدهم الآخرين ، لان حق المطعون ضدها الثالثة وقد استقر بحكم حائز لقـوة الامر المقضى يعلو عـلى الامل المرتقب للطاعنات فى كسب الطعن : نقض مدنى فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٦٨ مجمـوعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٢٨ ص ٨٨١ .

(١) ورفع الاستئناف على احد المدينين فى دين غير قابل للانقسام فى الميعاد يجيز ادخال المدينين الآخرين فى هذا الاستئناف ولو بعد الميعاد : اسـتئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٤٦ — ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٨ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان موضوع دعوى استرداد الحصة المبيعة مما لا يقبـل التجزئة ، فان اعلان الاستئناف الموجه من المسترد الى البائع بعد الميعاد يكون صحيحا متى كان المشترى قد اعلن به فى الميعاد (نقض مـدنى ٢٧ ديسـمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢ — ولم تأخذ المحكمة بهـذا المبـدا فى دعوى الشفعة ، لان القانون نص فى الشفعة على وجوب رفع الدعوى على الخصوم جميعا فى ميعاد معين ، واستئناف الحكم فيها على جميع الخصوم كذلك فى ميعاد معين : تعليق الاستاذ محمد حامد فهمى فى مجموعة عمر ٥ ص ٢٤ فى الهامش) . ورفع احد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام طعنا فى الحـكم يفيد الباقين ، كما ان الحكم لاحد المدينين يفيد سائرهم : استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٢ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٧ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ — ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٤ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٣ — ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٩ — ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٦ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٨٥ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٢ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٨ — ٢٦ يناير سـنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٦ .

وقد قضت محكمة النقض بان النص فى المادة ٢١٨ من قانون المرافعـات على انه « اذا كان الحكم صادرا فى موضوع غير قابل للتجـزئة او فى التزام بالتضامن جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم او قبل الحكم أن يطعن فيه اثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من احد زملائه منضما اليه فى طلباته ، فان لم يفعل امرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن » . يـدل عـلى أن المشرع اجاز خروجا على مبدأ نسبية الاثر المترتب على اجراءات المرافعـات ان يفيد خصم من طعن مرفوع من غيره فى الميعاد اذا كان الحكم صـادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة او فى التزام بالتضامن فاتاح له سـبيل الطعن فى الحكم منضما لزميله الطاعن فى الميعاد ، ولو كان سبق له قبول الحكم او لم يطعن عليه فى الميعاد : نقض مدنى فى ٣٠ مارس سنة ٩٧٦ مجموعة احكـام النقض السنة ٢٧ رقم ١٥٤ ص ٧٩٢ ، ونقض مدنى فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٧٩ المجموعة السابقة السنة ٣٠ العدد ٢ ص ٧٩٢ .

المطلب الثانى

علاقة المدينين بعضهم ببعض

٢١٩ - انقسام الدين على المدينين : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدنى تقضى بأن « للمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين ، كل بقدر حصته ، الا اذا تبين من الظروف غير ذلك » • ولما كان الدين الذى وفاه أحد المدينين للدائن غير قابل للانقسام فرضا، فان رجوع المدين على المدينين الآخرين كل بقدر حصته لا يكون بنفس الدين ، فانه غير قابل للانقسام ، ولكن بدين شخصى مصدره الوكالة أو الفضالة كما قدمنا فى التضامن • وحتى اذا رجع المدين بنفس الدين بمقتضى دعوى الحلول ، فان الدين فى علاقة المدينين بعضهم ببعض يصبح قابلا للانقسام ، فان استعصت طبيعته على التجزئة كان رجوع المدين بحصة فى قيمة الدين لا بحصة فى عينه •

٢٢٠ - تعيين حصة كل مدين : ويتبع فى تعيين حصة كل مدين ، فى رجوع المدين الذى وفى الدين على باقى المدينين ، القواعد الذى قدمناها فى التضامن • فالاصل أن حصص المدينين جميعا متساوية ، ما لم يوجد هناك اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك •

وقد يتبين من الظروف - كما تقول العبارة الاخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدنى - أن أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فيتحمله وحده • فان كان هو الذى رجع عليه الدائن بكل الدين ، فلا رجوع له على أحد من المدينين الآخرين • وان كان الدائن قد رجع على غيره ، فان هذا المدين الأخير الذى وفى الدين يرجع به كله على الدائن صاحب المصلحة فيه دون أن يرجع بشىء على الباقين • وقد تقدم تفصيل ذلك فى التضامن •

٢٢١ - اعسار أحد المدينين : كذلك اذا أعسر أحد المدينين فى دين غير قبل للانقسام ، فان المدينين الباقين يتحمل كل منهم نصيبا فى هذا الاعسار بنسبة حصته فى الدين ، كما رأينا فى التضامن •

فاذا كان محل الالتزام فرسا مثلا ، وأداه للدائن أحد المدينين ، فانه يرجع على كل مدين آخر بحصته فى قيمة الفرس • فاذا كانت قيمتـــه ستين ، وكان المدينون أربعة حصصهم متساوية ، وأدى الفرس للدائـــن أحد هؤلاء الاربعة ، فانه يرجع على كل من المدينين الثلاثة الآخرين بخمسة عشر مقدار حصته فى الدين • فاذا كان أحد الثلاثة معسرا ، تحمل سائر المدينين هذا الاعسار كل بنسبة حصته • فيرجع المدين الذى أدى الفرس للدائن على كل من المدينين الاثنين غير المعسرين بعشرين ، ويتحمل هو العشرين الباقية مثلهما ، ويكون الثلاثة قد اشتركوا فى تحمل حصة المعسر بقدر متساو (١) •

المبحث الثـــانى

تعدد الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام

٢٢٢ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٠٢ من التقنين المـدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام ، أو تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا • فاذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلـك ، كان

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد رجوع المدين الذى وفى الدين على بقية المدينين : « أما بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم ، فينقسم الالتزام ، وفقا للقواعد التى تقدم ذكرها بصدد التضـــامن ، ويشتركون جميعا فى تحمل تبعة اعسار من يعسر من بينهم • وللمدين ، اذا طولب بالالتزام بأمره أمام القضاء ، أن يطلب أجلا لاختصام سائر المدينين ، لا ليدرأ عن نفسه تبعة الوفاء بالالتزام كاملا ، بل ليحصل على حكم بشأن حقه فى الرجوع على هؤلاء المدينين ، ولو كان الدين بطبيعته لا يتيسر الوفاء به الا من هذا المدين : أنظر المـــادة ١٢٢٥ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ١٦٤ من المشروع الفرنسى الايطالى • ويكون الرجوع فى هذا الحالة بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى الحلول ، كما هو الشأن في التضامن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤) •

المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو ايداع الشيء محـــل الالتزام » .

« ٢ ــ ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام : كل بقدر حصته » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن الحـــكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٠٢ ــ وفى التقنين المدنى الليبى المـــادة ٢٨٩ ــ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٨ ــ وفى تقنين الموجبـــات والعقود اللبنانى المادة ٧٢ ــ وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٦٣ ــ وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٤٤٢ (٢) .

ونبحث هنا أيضا ، كما بحثنا فى التضامن بين الدائنين : علاقة الدائنين بالمدين ثم علاقة الدائنين بعضهم ببعض .

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٤٢٦ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١٤ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النـــواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٢ (مجموعة الاعمـــال التحضيرية ٣ ص ١٠٦ ــ ص ١٠٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٣٠٢ (مطابقة) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٨٩ (مطابقة) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٨ (مطابقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٢ : اذا تعدد الدائنون فى موجب غير قابل للتجزئة ولا تضـــامن بينهم ، فالمديون لا يمكنه أن يدفع الا لجميع الدائنين معا ، وكل دائن منهم لا يمكنه أن يطلب التنفيذ الا باســـم الجميع وبتفويض منهم . على انه يجوز لكل دائن أن يطلب لحساب الجميع ايداع الشيء الواجب أو تسليمه الى حارس تعينه المحكمة اذا كان ذلك الشيء غير قابل للايداع .

ويختلف التقنين اللبنانى عن التقنين المصرى فى أن الاصـــل فى التقنين اللبنانى أن أحدا من الدائنين لا يستطيع أن يستقل باستيفاء كل الدين ، بل يجب أن يفوضه باقى الدائنين فى ذلك ، وكل ما يستطيعه وحده هو أن يطالب بايداع الشيء أو بتســـليمه الى حارس . إما فى التقنين المصرى فيجوز لأى دائن ، ما لم يعترض عليه دائن اخر ، ان يستقل باستيفاء الدين كله . =

المطلب الأول

علاقة الدائنين بالمـــدين

٢٢٣ — المبادىء الاساسية : فى علاقة الدائنين بالمدين يراعى ، هنا أيضا ، أن الالتزام غير القابل للانقسام له محل واحد لا يتجزأ • ويترتب على فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتى :

أولا — يستطيع أى دائن أن يطالب المدين بكل الدين ، فانه دين غير قابل للتجزئة • فاذا عارض أحد الدائنين ، وجب على المدين أما الوفاء للكل مجتمعين أو ايداع الشيء محل الالتزام على ذمة الدائنين •

ثانيا — اذا انقضى الالتزام بالنسبة الى أحد الدائنين بسبب آخر غير الوفاء ، فنظرا لوحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة كان ينبغى أن ينقضى الالتزام أيضا بالنسبة الى سائر الدائنين • ولكن لمـــا كان للدائنين أن يعارضوا فى استيفاء أحدهم للدين كله ، فسنرى أنه لا يحتج عليهم بسبب الانقضاء الا بمقدار حصة من قام به هذا السبب على تفصيل سنورده فيما يلى •

ثالثا — لا تقوم بين الدائنين المتعددين فى الالتزام غير القـــابل

= وفى التقنين المدنى الكويتى : المادة ٣٦٣ ونصها كالاتى : اذا تعـــدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام ، أو تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب باداء الالتزام كاملا ، فاذا اعترض أحـــد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما باداء الالتزام للدائنـــين مجتمعين أو بايداع الشيء محل الالتزام خزانة ادارة التنفيذ • ويرجـــع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام كل بقدر حصته » (وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى مع اختلاف العبارة) •

وفى التقنين المدنى الاردنى : المادة ٤٤٢ ونصها كالاتى : « ١ — اذا تعدد الدائنون فى تصرف لا يقبل التجزئة أو تعدد ورثة الدائن فى هذا التصرف جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب باداء كاملا • ٢ — فاذا اعترض أحدهـــم كان على المدين أن يؤديه اليهم مجتمعين أو يودعه الجهة المختصة وفقا لمـــا يقتضيه القانون • ٣ — ويرجع كل من الدائنين بقدر حصته على الدائن الذى اقتضى الحق •

وهذه النصوص تتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى مع اختلاف فى العبارة) •

للانقسام نيابة تبادلية ، كمـا تقوم هـذه النيابة بين الـدائنين المتضامنين • وانما الذى يربط الدائنين بعضهم ببعض هى وحدة محل الالتزام غير القابل للتجزئة • فهذا الاعتبار — لا النيابة التبادلية — هو الذى نقف عنده •

ونتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادىء الثلاثة •

٢٢٤ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء — امكان أى دائن مطالبة المدين بالالتزام كله : يجوز لأى دائن من الدائنين المتعددين فى دين غير قابل للانقسام آن يطالب المدين بالدين كاملا ، فان الالتزام محله واحد لا يتجزأ . فيعتبر المدين قد انشغلت ذمته به كله نحو أى دائن (م ٣٠٢/١ مدنى) • ويستطيع المدين أن يفى بالدين كله لاى دائن من الدائنين المتعددين • ومتى وفى المدين الدين كله لاحد الدائنين ، فان ذمته تبرأ من الدين نحو الباقين •

ولكن يلاحظ هنا — كما هى الحال فى التضامن الايجابى — انه يجوز لأى دائن أن يعترض على أن يوفى المدين بكل الدين لدائن آخر •وتتبع فى شكل الاعتراض وحكمه القواعد التىأسلفناها فىالتضامن الايجابى•ومتى وقع الاعتراض صحيحا . فانه يتعين على المدين ، اذا أراد أن يكون الوفاء مبرئا لذمته نحو كل الدائنين ، آن يفى بالدين للكل مجتمعين • فان تعذر عليه ذلك ، وجب أن يودع الشىء محل الالتزام على ذمتهم جميعا ، وفقا للاجراءات المقررة قانونا •

واذا مات أحد الدائنين المتعددين فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فان كان عدم القابلية للانقسام يرجع الى الاتفاق ، انقسم الدين على ورثة هذا الدائن ، لان عدم القابلية للانقسام انما تقررت اتفاقا لمصلحة الدائن ، وقد زالت هذه المصلحة بموته فأصبح من مصـلحة ورثته أن ينقسم الدين عليهم [١] • أما اذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع الى

---

(١) انظر فى هذا المعنى : بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص ٤٧٩ — بلانيول وريبير وبولانحيه ٢ فقرة ١٩١٣ — جوسران ٢ فقرة ٨٠٠ •

طبيعة المحل ، فالدين بطبيعته يستعصى على أن ينقسم على الورثة ، فيبقى غير قابل للانقسام بالنسبة الى ورثة كل دائن كما هو غير قابل للانقسام بالنسبة الى الدائنين جميعا • وقد نص التقنين المدنى صراحة على عدم الانقسام بالنسبة الى ورثة الدائن اذا تعدد الدائنون ، وأغفل النص على عدم الانقسام بالنسبة الى ورثة المدين اذا تعدد المدينون • والسبب فى ذلك أن قواعد الشريعة الاسلامية فى الميراث تغنى عن النص فى الحالة الاخيرة كما قدمنا ، فان تركة المدين تكون هى المسئولة عن التزامه ، فيبقى الالتزام غير قابل للانقسام حتى لو تعددت ورثة المدين • أما فى الالتزام غير القابل للانقسام اذا تعدد الدائنون ، فقواعد الشريعة الاسلامية فى الميراث لاتغنى عن النص ، فان هذه القواعد لاتمنع من انقسام حقوق التركة على الورثة • فاذا مات الدائن وترك ورثة متعددين ، فان الالتزام الذى له كان من الممكن أن ينقسم على ورثته ، لولا عدم قابليته للانقسام بطبيعته • فطبيعة الالتزام هى التى منعت من انقسامه وليست قواعد الميراث ، ومن هنا وجد النص على عدم الانقسام بالنسبة الى الورثة فى حالة تعدد الدائنين ، ولم يوجد فى حالة تعدد المدينين (١) •

ويلاحظ أن الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته قد يوجد منذ

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الشرعية التى تقضى بان الوارث ينتصب خصما عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركه او عليها قد تكون صحيحة ويمكن الاخذ بها لو أن الوارث كان خاصم أو خوصم طالبا الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوبا فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها • أما اذا كان كل من الورثة يطالب بنصيبه الخاص فى التعويض الذى يستحق عن مورثه وحكم برفض دعواهم فانفرد احدهم برفع استئناف عن هذا الحكم طالبا الغاءه والحكم له بمقدار نصيبه وحده فى التعويض ، فان عمله هذا يكون لنفسه فقط ولمصلحته الشخصية لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثة وبالتالى لا يعتبر الحكم الصادر فى الاستئناف باستحقاقه لحصته الميراثية فى التعويض قضاء باستحقاق باقى الورثة لانصبتهم فى هذا التعويض • نقض مدنى فى ٦ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ٣٥ ص ١٩٩ •

البداية وله دائنون متعددون ، وهذا ما افترضناه حتى الان • فاذا مات أحد هؤلاء الدائنين وترك ورثةمتعددين ، بقى الالتزام غير قابل للانقسام لا بالنسبة الى كل من الدائنين الاصليين فحسب ، بل أيضا بالنسبة الى كل وارث من ورثة الدائن الذى مات • وقد يكون الالتزام غير القـابل للانقسام بطبيعته له دائن واحد فى بداية الامر ، فلا تظهر أهمية عـدم القابلية للانقسام مادام هذا الدائن حيا ، فان الالتزام حتى لو كان قابلا للانقسام يكون تنفيذه غير قابل للانقسام مادام كل من الدائن والمديـن واحدا كما مر القول• لكن اذا ماتهذا الدائن الواحد وترك ورثة متعددين ظهرت الاهمية لعدم القابلية للانقسام ، اذ لاينقسم الالتزام على ورثة الدائن ، بل يستطيع كل وارث أن يطالب المدين بالالتزام كله ، كمـا يستطيع المدين أن يوفيه كله لاى وارث •

واذا طالب أى دائن المدين فى دين غير قابل للانقسـام بكل الدين ، فان المدين يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بأوجـه الدفع المشـتركة بين الدائنين جميعا . وكذلك بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن الذى يطالبه ، ولايستطيع أن يدفع بأوجه الدفع الخاصة بدائن آخر ؛ وذلك على الوجه الذى قدمناه فى التضامن الايجابى (١) •

واذا استحالّ الالتزام غير القابل للانقسام الى تعويض نقدى ، زالت العقبة التى كانت تحول دون انقسامه . فينقسم فى هذه الحالة على الدائنين المتعددين كما هى الحال فى الالتزام غـير القابل للانقسام اذا تعـدد المدينون فيما قدمنا ؛ وخلافا لما هى الحال فى التضامن الايجابى فان التعويض النقدى لاينقسم على الدائنين المتضامنين •

٢٢٥ ـ انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء :

لو كان لاى دائن فى الالتزام غـير القابل للانقسـام أن يطالب

---

(١) انظر انفا فقرة ١٣٦ •

باستيفاء الدين كاملا رغم معارضة أى دائن آخر ، لوجب القول هنا — كما قلنا فى الالتزام غير القابل للانقسام عند تعدد المدينين — أن انقضاء الدين بسبب غير الوفاء ولو بالنسبة الى أحد الدائنين ، يجعله منقضيا بالنسبة الى الباقى • ولكننا رأينا أنه لايجوز لأى دائن أن يطالب باستيفاء الدين كاملا ، اذا عارض فى ذلك دائن آخر • ومن ثم اذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة الى أحد الدائنين ، فان هذا السبب لا يحتج به على الدائنين الاخرين اذا عارضوا فيه ، الا بقدر حصة هذا الدائن الذى قام به سبب الانقضاء • فاذا جدد أحد الدائنين الدين ، أو اتحدت ذمته مع المدين ، أو وقعت معه مقاصة ، أو صدر منه ابراء ، أو اكتمل التقادم بالنسبة اليه ، فان شيئا من هذا لايحتج به على الدائنين الآخرين • وليس للمدين أن يتمسك ضد هؤلاء الدائنين بالتجديد أو باتحاد الذمة أو بالمقاصة أو بالابراء أو بالتقادم ، الا بقدر حصة الدائن الذى قام به هذا السبب • ولكن لما كان المدين لايستطيع الا أن يفى بالدين كله ، اذ الدين غير قابل للتجزئة ، فهو اذا طالبه دائن آخر ، لايجد بدا من أن يؤدى له الدين كله ، على أن يرجع عليه بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء [1] • ثم يرجع المدين ، بعد ذلك، على الدائن الذى قام به سبب الانقضاء بما حصل عليه هذا زيادة على حصته •

٢٢٦ — عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام : فى الدين غير القابل للانقسام لايربط الدائنين اذا تعددوا — كما لايربط المدينين اذا تعددوا — نيابة تبادلية ، ولايرتبطون الا بوضع

---

(١) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٢١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص ٤٨٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٢ — دى باج ٣ فقرة ٣٠٧ — بولانجيه فى أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ indivisibilité فقرة ٢٧ — وأنظر الفقرة الثانية من المادة ١٢٢٤ من التقنين المدنى الفرنسى •

وانظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧ — وأنظر الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٠ — ص ٢٧٢ — وقارن : استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٦ •

طبيعى هو عدم قابلية الدين للانقسام • ويترتب على ذلك نتائج مشابهه لتلك التى رتبناها على عدم قابليه الانقسام عند تعدد المدينين • ونوجزها فيمـا يـلـى :

١ ـ **انقطاع التقادم** او وقفه . اذا قطع احد الدائنين التقادم على المدين ، أو وقف التقادم بالنسبة الى أحد الدائنين ، انتفع بذلك سائر الدائنين، واعتبر التقادم مقطوعا أو موقوفا بالنسبة اليهم (١)• وهذا هو أيضا الحكم فى التضامن الايجابى فيما يتعلق بانقطاع التقادم ، الا ان علة هذا الحكم فى عدم القابلية للانقسام هى طبيعة الاشياء ، لان الالتزام غير القابل للانقسام لايتصور أن ينقطع التقادم فيه أو يقف بالنسبه الى دائن دون آخر • وأما علة الحكم فى التضامن الايجـابى ، فقيام النيابه التبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفـع •

٢ ـ **خطأ أحد الدائنين** :واذا ارتكب أحد الدائنين خطأ استوجب مسئوليته ، فان آثر هذا الخطأ لا يتعدى الى غيره من الدائنين ، ذلك لان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن ينعدى اثر الخطأ الى دائن آخر • وهذا هو الحكم ايضا فى التضامن الايجابى ، ويرجع الى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر •

٣ ـ **الاعذار والمطالبة القضائية** :واذا أعذر أحد الدائنين المدين، لم يكن المدين معذرا بالنسبة الى الدائنين الاخرين ، لان عدم القابليـة للانقسام لا تقتضى ذلك حتما (٢) • أما فى التضامن الايجابى ، فقد رأينا

---

(١) لارومبيير ٣ م ١٢٢٥ فقرة ١١ ـ ديمولومب ٢٦ فقرة ٩٢٤ ـ لوران ١٧ فقرة ٢٩٦ ـ هيك ٧ فقرة ٣٦٠ ـ بودرى وبارد ٣ فقرة ١٣٣٢ ـ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص ٤٨٠ ـ دى باج ٣ فقرة ٣٠٧ ـ الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ ـ قارن الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٣٠٨ هامش رقم ٢ •

واذا نزل المدين عن التقادم بالنسبة الى أحد الدائنين ، انتفع الباقى بذلك (الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣) •

(٢) أنظر عكس ذلك الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ •

أن اعذار أحد الدائنين للمدين يجعل المدين معذرا بالنسبة الى الباقين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع • واعذار المدين لاحد الدائنين المتعددين فى دين غير قابل للانقسام لايسرى أثره فى حق الدائنين الاخرين ، لان هذا السريان لايقتضيه حتما طبيعة المحل غير القابل التجزئة • وهذا هو الحكم أيضا فى التضامن الايجابى لسبب آخر ، هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر •

واذا طالب أحد الدائنين فى التزام غير قابل للانقسام المدين مطالبة قضائية ، فان هذه المطالبة لا يسرى أثرها فى حق الدائنين الآخرين (١)• لأن مد هذا الأثر الى هؤلاء لا تقضيه حتما طبيعة المحل غير القابل للتجزئة • والحكم عكس ذلك فى التضامن الايجابى ، فمطالبة أحد الدائنين للمدين يسرى أثرها بالنسبة الى باقى الدائنين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع •

٤ ــ الصلح : واذا صالح المدين أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام ، وتضمن الصلح اضرارا بحقوق الدائنين الآخرين ، لم يسر عليهم الصلح ، لأن هذا السريان لا تقضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، ولأن الصلح عقد يقتصر أثره على من كان طرفا فيه • وهذا هو الحكم أيضا فى التضامن الايجابى ، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر •

واذا تضمن الصلح فائدة للدائنين الآخرين فى دين غير قابل للانقسام ، لم ينتفعوا بذلك لانهم لم يكونوا أطرافا فى هذا الصلح ، الا اذا كان الدائن الذى عقد الصلح قد اشترط لمصلحتهم فتطبق قواعد الاشتراط لمصلحة الغير • أما فى التضامن الايجابى فالدائنون الآخرون يفيدون من الصلح ، على أساس قيام نيابة تبادلية فيما ينفع •

---

(١) وان كانت تقطع التقادم لمصلحة الدائنين جميعا ، فقد قدمنا أنه اذا قطع أحد الدائنين التقادم انتفع بذلك سائر الدائنين •

٥ ـ الاقرار : واذا أقر أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام ، فان اقراره لا يتعدى اثره الى سائر الدائنين ، اذ أن هذا التعـــدى لا تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، ولان الاقرار حجة قاصرة على المقر • وهذا هو الحكم أيضا فى التضامن الايجابى ، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر •

واذا أقر المدين لأحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام ، وكـــان الاقرار يتناول الدين ذاته ، فان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى أن يتعدى أثر الاقرار الى سائر الدائنين فينتفعوا به (1) • وهذا هـــو الحكم أيضا فى التضامن الايجابى ، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع •

٦ ـ اليمين : واذا وجه أحد الدائنين فى دين غير قابل الانقسام اليمين للمدين فحلفها ، لم يتعد أثر ذلك الى سائر الدائنين ، لان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضيه • وهذا هو الحكم أيضا فى التضامن الايجابى ، لانعـــدام النيابة التبادلية فيما يضر • أما اذا نكل المدين فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فان نكوله يكون بمثابة اقرار ، فان كان متعلقا بالدين ذاته تعدى أثره الى سائر الدائنين ، لان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك (2)• والنكول فى التضامن الايجابى يفيد سائر المدينين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع •

واذا وجه المدين اليمين الى أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام فحلفها ، وكانت الواقعة متعلقة بالدين ذاته ، فـــأن الحلف يتعـــدى أثره الى سائر الدائنين ، لان هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابـــل للتجزئة ، وهذا هو أيضا الحكم فى التضامن الايجابى ، ولكن لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع • أمـــا اذا نكل الدائن فى دين غير قـــابل

---

(1) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا كان المدين المحكوم عليه لصالح دائنين متعددين فى دين غير قابل للانقسام قد أقر لمصلحة أحـــد هؤلاء الدائنين ، لم يجز له أن يستأنف الحكم بالنسبة الى الباقى (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٢٨) •

(2) الاستاذ عبد الحي حجازى ١ ص ٢٧٣ •

للانقسام ، فان نكوله يكون بمثابة اقرار لا يتعدى أثره الى سائر الدائنين ، لان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضيه ، ولان الاقرار حجة قاصرة على المقر (١) . وهذا هو أيضا الحكم فى التضامن الايجابى، ولكن لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

٧ ـ الحكم : واذا صدر حكم على أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام : فان هذا الحكم يحتج فى حق الدائنين الآخرين ، لان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك (٢) . أما فى التضامن الايجابى ، فان هذا الحكم لا يسرى فى حق الدائنين الآخرين ، لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

واذا كان الحكم الذى صدر هو لصالح أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام ، فان سائر المدينين يفيدون منه ، لان هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه(٣) . وهذا هو أيضا شأن التضامن الايجابى . ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع (٤) .

المطلب الثانى

علاقة الدائنين بعضهم ببعض

٢٢٧ ـ **انقسام الدين على الدائنين** : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ مدنى تقضى بأن يرجع الدائنون ، كل بقدر حصته ، على الدائن

---

(١) الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ .
(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ .
(٣) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٤ .
(٤) ورفع أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام استئنافا فى الميعاد يفيد سائر الدائنين ، فيستطيعون الانضمام اليه ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف بالنسبة اليهم ، بل ولو بعد رضائهم بالحكم الابتدائى (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ـ دى باج ٣ فقرة ٣٠٨ ـ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٣٥) .

الذى استوفى الالتزام • والرجوع هنا ـ كالرجوع فى التضامن وكالرجوع فى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين ـ يكون اما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول • واذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع الى طبيعة المحل فأن الدين ينقسم حصصا بين الدائنين لا فى عينه بل فى قيمته •

٢٢٨ ـ تعيين حصة كل دائن : وتتعين حصة كل دائن وفقا للقواعد التى أسلفناها فى التضامن وفى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين • فالأصل هو تساوى الحصص بين الدائنين ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك •

وقد يكون أحد الدائنين هو صاحب المصلحة وحده فى الدين ، ويكون الباقون وكلاء عنه فى القبض • فعند ذلك يستقل هذا الدائن بكل الدين فى علاقته بالدائنين الآخرين • فان كان هو الذى استوفى الدين كله ، فلا يرجع عليه بشىء أحد من الدائنين الآخرين • وان كان غيره هو الذى استوفى الدين ، رجع هو عليه بالدين كله دون أن يشاركه فى الرجوع أحد من الدائنين الآخرين •

٢٢٩ ـ اعسار أحد الدائنين أو اعسار المدين : واذا استوفى أحد الدائنين الدين كله ، ثم أعسر اعسارا جزئيا ، فان هذا الأعسار يتحمله باقى الدائنين ، كما هو الأمر فى التضامن الايجابى فيما مر • فاذا كان الدين أربعمائة بين أربعة من الدائنين بحصص متساوية ، واستوفاه أحدهم ثم أعسر بحيث لا يستطيع أن يؤدى الا نصف ديونه ، فان كلا من الدائنين الثلاثة الآخرين يرجع على المدين المعسر بنصف حصته أى بخمسين [1] •

وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر ، ولم يتيسر

---

(١) ويبديهى أن الاعسار اذا كان كليا ، لم يستطيع الدائنون الآخرون الرجوع بشىء على المدين المعسر •

لمن طالبه من الدائنين الا أن يستوفى منه نصف الدين وهو مائتان ، فلا يكون لكل من الدائنين الثلاثة الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن الا بنصف حصتهم أى بخمسين .

وهذا هو نفس الحكم الذى أوردناه فى التضامن الايجابى (١) .

مقابلة ما بين التضامن وعدم القابلية للانقسام

٢٣٠ - الموافقات والمفارقات : نوجز هنا ، بعد أن فرغنا من الكلام فى التضامن وعدم القابلية للانقسام ، وجوه الموافقات ووجوه المفارقات ما بين هذين النظامين .

٢٣١ - وجوه الموافقات : - ١ - فى كل من النظامين تجوز مطالبة الدائن لأى مدين بكل الدين ، أو مطالبة أى دائن للمدين بكل الدين . كذلك يجوز أن يفى أى مدين بكل الدين للدائن ، أو أن يفى المدين بالدين لأى دائن .

٢ - فى كل من النظامين ، بعد الوفاء بالدين ، يرجع المدين الذى وفاه على باقى المدينين ، أو يرجع الدائنون الذين لم يستوفوا الدين على الدائن الذى استوفاه ، كل بقدر حصته فى الدين ، ويكون الرجوع فى جميع الاحوال بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وتتعين حصة كل على أساس التساوى ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، أو ما لم يكن أحدهم هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . واذا أعسر أحد منهم ، تحمل كل من الباقين نصيبه فى حصة المعسر بنسبة حصته فى الدين .

٢٣٢ - وجوه المفارقات : ١ - التضامن الايجابى مصدره الاتفاق والتضامن السلبى مصدره الاتفاق اذ القانون . اما عدم القابلية للانقسام فمصدره طبيعة المحل أو الاتفاق .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٩ .

٢ — فى التضامن ، اذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء ، فان كلا من المدينين الآخرين أو الدائنين الآخرين لا يستفيد أو يضار من انقضاء الدين الا بقدر حصة المدين أو الدائن الذى قام به سبب الانقضاء • أما فى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين ، فان كلا من المدينين الآخرين يستفيد من انقضاء الدين بمقدار الدين كله • و فىعدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين ، لا يستفيد المدين من انقضاء الدين بالنسبة الى أى من الدائنين الآخرين ، ولكنه يرجع على الدائن الذى يطالبه بوفاء الدين بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء •

٣ — النيابة التبادلية فى التضامن قائمة فيما ينفع لا فيما يضر، وهى غير قائمة أصلا — لا فيما يضر ولا فيما ينفع — فى عدم القابلية للانقسام •

٤ — فى التضامن ينقسم الالتزام على الورثة ، ولا ينقسم فى عدم القابلية للانقسام •

٥ — فى التضامن ، اذا استحال الالتزام الى تعويض نقدى ، بقى غير منقسم على المدينين المتضامنين أو على الدائنين المتضامنين • أما فى عدم القابلية للانقسام ، فانه ينقسم على المدينين أو على الدائنين [١] •

---

(١) وفى الفرقين الاخيرين تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « ومهما يكن من أمر ما بين عدم القابلية للانقسام (السلبى) والتضامن (السلبى) من أوجه الشبه فثمة فارقان يتمثل فيهما اختلاف هذين الوضعين : (١) فيراعى من ناحية أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أقوى الزاما من التضامن،باعتبار أن الالتزام الذى لايقبل القسمة لا ينقسم بين ورثة المدين •لهذه العلة يجرى المتعاملون على اشتراط التزام المدينين التزاما تضامنيا غير قابل للانقسام ، اتقاء لتجزئة الدين بين الورثة فيما لو اقتصر الأمر على النص على التضامن فحسب • ولا يعرض مثل هذا الفرض فى الشريعة الاسلامية ، لأن الدين لا ينتقل من طريق الميراث ، فيكون بهذه المثابة غير قابل للانقسام ، ويستأدى بجملته من التركة • (ب) ويراعى من ناحية أخرى أن عدم القابلية للانقسام قد تكون اضعف الزاما عند قيامها على طبيعة المحل،فهى تظل قائمةما دام هذا المحل عصيا على التجزئة بطبعه ، ولكن اذا اتفق أن استحال الالتزام الي تعويض مالي ، زالت عدم قابليه الانقسام وانقسم مبلغ التعويض • أما =

مقابلة ما بين الدين المشترك

وعدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين

٢٣٣ — من حيث المصدر : يتفق الدين المشترك والالتزام غير القابل للانقسام فى أن مصدر كل منهما هو الاتفاق أو طبيعة الاشياء . ولكن الاتفاق فى الدين المشترك انما يقع على وحدة الصفقة واشتراك الدين ، أما الاتفاق فى الالتزام غير القابل للانقسام فيقع على عدم قابلية الدين للتجزئة لا على مجرد أن يكون دينا مشتركا بين الدائنين . وكذلك طبيعة الاشياء فى الدين المشترك انما ترجع الى سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين ، ولا ترجع الى عدم قابلية الدين للتجزئة ، فان الدين المشترك على العكس من ذلك يكون فى طبيعته قابلا للتجزئة . أما طبيعة الاشياء فى الالتزم غير القابل للانقسام ، فيرجع الى عدم قابلية الالتزام فى طبيعته للتجزئة .

٢٣٤ — من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بالمدين : فى الدين المشترك لا يطالب أى من الدائنين المدين الا بحصته فى الدين . ولا تقوم بين الدائنين نيابة تبادلية .

أما فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فيجوز لأى من الدائنين أن

= المدينون المتضامنون فيظل كل منهم على نقيض ذلك ، ملزما قبل الدائن بالدين بأسره ، ولو استحال الدين الى تعويض مالى » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٥) .

وتضيف المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فرقا غير الفروق المتقدمة فيما يأتى : « ويتمثل اختلاف عدم القابلية للانقسام (الايجابى) عن التضامن (الايجابى) فى هذا الفرض فى الفارقين اللذين تقدمت الاشارة اليهما : (ا) فلكل وارث من ورثة الدائن أن يطالب بالدين بأسره ، ويسرى هذا الحكم فى الشريعة الاسلامية حيث ينتقل الحق من طريق الميراث . (ب) ويصبح الدين قابلا للانقسام متى استحال الى تعويض نقدى . ويراعى أنه عند تعدد المدينين والدائنين قد يتصور التضامن سلبيا أو ايجابيا ، أما عدم الانقسام الناشىء عن طبيعة المحل فلا يتصور الا من الناحيتين معا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧) .

يطالب المدين بكل الدين لأنه غير قابل للتجزئة ، وذلك ما لم يمانع الدائنون الآخرون فيجب عندئذ الوفاء لهم مجتمعين أو ايداع الشيء محل الدين لذمتهم جميعا • ولكن يستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القـــابل للانقسام فى عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين •

٢٣٥ ــ من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض : فى الدين المشترك ، لكل دائن أن يرجع على من يقبض من الدائنين حصته فى الدين بنصيبه فى هذه الحصة ، وله أن يترك الحصة لمن قبضها ويطالب المدين بحصته هو • فان كان هذا معسرا ، تحمل جميع الدائنين اعســاره كل بنسبة حصته فى الدين •

أما فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فان الدائن يستوفى كـــل الدين لعدم قابليته التجزئة ، فيرجع عليه كل دائن آخر بحصته فى الدين • فالرجوع فى الالتزام غير القابل للانقسام يكون بالحصة ، أما فى الدين المشترك فيكون فى الحصة • ويستوى الدين المشترك مع الالتزام غــير القابل للانقسام عند اعسار المدين ، ففى الحالتين يتحمـــل الدائنون جميعا هذا الاعسار كل بنسبة حصته فى الدين •

القسم الثانى

انتقال الالتزام

(Transmisson des Obligations)Z

تمهيـــــد

١ - لمحة فى التطور التاريخى لانتقال الالتزام

٢٣٦ - معنى انتقال الالتزام : يراد بانتقال الالتزام أن يتحـول الالتزام ذاته - سواء نظر اليه باعتباره حقا شخصيا من جهة الدائن أو نظر اليه باعتباره التزاما من جهة المدين - من شخص الى آخــر : من دائن الى دائن آخر باعتباره حقا شخصيا ، أو من مدين الى مـدين آخر باعتباره التزاما .

ويسمى تحويل الالتزام من دائن الى دائن آخر بحوالة الحـق (cession de créance) وتحويله من مدين الى مدين آخر بحوالة الـدين (cession de dette) فانتقال الالتزام اذن هو حوالته مـن دائن الى دائن أو من مدين الى مدين . وسواء كانت الحوالة حوالة حق أو حوالة دين ، فان الذى ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميـع مقوماته وخصائصه : صفاته وضماناته ودفوعه .

ينتقل الالتزام بجميع صفاته : فلو كان التزاما تجاريا ، أو كـان التزاما قابلا للتنفيذ بأن كان مستندا الى حكم قضائى أو الى سـند رسمى ، أو كان التزاما تضامنيا أو غير قابل للانقسام ، أو كان التزاما ينتج للدائن فوائد ، أو نحو ذلك ، فانه ينتقل الى الدائن الآخر أو الى المدين الآخر بهذه الصفات ذاتها .

وينتقل الالتزام بجميع ضماناته : فلو كان التزاما مضمونا برهن رسمى ، أو بحق اختصاص ، أو برهن حيازة ، أو بحق امتياز ، أو بكفالة شخصية ، فانه ينتقل الى الدائن الآخر أو الى المدين الآخر مع التأمين الذى يضمنه . غير أن الكفالة - شخصية كانت أو عينية - لاتنتقل ، فيما يتعلق بحوالة الدين ، الا برضاء الكفيل كما سنرى .

وينتقل الالتزام بجميع الدفوع التى ترد عليه : فلو كان المديـن يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب البطلان ، كانعدام الرضـا أو عدم قيام المحل أو عدم مشروعية السبب أو عدم استيفاء الشـكل

الواجب أو نقص الاهلية أو عيب من عيوب الارادة من غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الابراء أو التقادم ، فان هذا المدين يستطيع أن يتمسك بهذا الدفـــع قبل الدائن الجديد في حوالة الحق ، كما يستطيع المدين الجديد في حوالة الدين أن يتمسك بهذا الدفع قبل الدائن •

٢٣٧ ـ كيف يتصور انتقال الالتزام : وانتقال الالتزام على الوجه المتقدم لا يمكن تصوره اذا كانت الفكرة في الالتزام هي الفكرة القديمة • أي اذا كان الالتزام هو رابطة شخصية ما بين دائن ومدين • فالرابطة، بحكم أنها تربط ما بين شخصين بالذات ، لا يتصور أن تنتقل عنهما أو عن أحد منهما دون أن تنحل • وقد كانت فكرة الرابطة الشخصية هي الفكرة السائدة في القانون الروماني ، ثم سادت بعد ذلك عصـــورا طويلة في القوانين اللاتينية ، فلم يكن يمكن معها تصور انتقال الالتزام، لا من دائن الى دائن آخر ، ولا من مدين الى مدين آخر •

على أن استعصاء الالتزام على الانتقال لم يثبت في هذه القوانين القديمة الا في انتقاله فيما بين الاحياء (entre vifs) أما انتقال الالتزام الى الوارث بسبب الموت (mortis causa) فان هذه القوانين لم تلبث أن استساغته منذ عهد طويل •

٢٣٨ ـ انتقال الالتزام بسبب الموت : قلنا ان القوانين ، حتى القديمة منها ، استساغت انتقال الالتزام بسبب الموت منذ زمن بعيد • فينتقل الالتزام من الدائن عند موته الى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم الدائنون مكانه • وكذلك ينتقل الالتزام من المدين عنـــد موته الى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم المدينون مكانه • والذي ساعد على هذا التصور أن تركة المورث تنتقل كمجموع من المال (universalité) الى الورثة ، فيشتمل هذا المجموع مـــن المال عـــلى الالتزامات حقوقا وديونا • وتعتبر شخصية الوارث انما هي استمرار لشخصية المورث ، فكأن الالتزام لم ينتقل الى شخص جديد بموت صاحبه ، بل بقي عند صاحبه ممثلا في شخص الوارث •

هكذا كان تصور القانون الرومانى ، وما زال هذا هو تصـــــور الشرائع الغربية . والشريعة الاسلامية نفسها تنقل الالتزام باعتباره حقا من المورث الى الوارث ، أما الالتزام باعتباره دينا فلا تنقله من المورث الى الوارث ، بل تبقيه فى تركة المورث حتى تفى به التركة ، ثم تنتقل التركة بعد سداد الديون الى الورثة بما تشـــتمل عليه من أعيان وحقـــوق .

ومهما يكن من أمر انتقال الالتزام بسبب الموت ، فان هناك حدودا تقيد من هذا الانتقال ، أو تحور من الالتزام بعد انتقاله . فهناك التزام يتصل بشخص طرفيه اتصالا وثيقا بحيث لا يمكن انتزاعه عنهما ، فلا ينتقل هذا الالتزام بل ينقضى بموت الدائن أو بموت المدين . من ذلك التزامات الموكـــل والتزامات الوكيـــل والتـــزامات الشركاء فى شركات الاشخاص ، فان كلا من عقد الوكالة وعقد شركة الاشخاص يقوم على اعتبارات شخصية ، بحيث أن العقد بوجه عـــام ينقضى بمـــوت أحـــد المتعاقدين ، فلا ينتقل الالتزام — حقا كان أو دينا — من المورث الى الوارث . كذلك قد يتم انتقال الالتزام من المورث الى الوارث ، ولكن الانتقال يحور من الالتزام . وقد يبدو أن الالتزام يتحور فى الشرائع الغربية اذا هـــو انتقل مـــن المدين الى وارثه ، وقبـــل الوارث الميراث محتفظا بحق التجريد (bénéfice d'inventaire) فيفصل أموال التركة عن أمواله الشخصية ، ولا يكون مسئولا عن ديون التركة الا فى المال الذى ورثه . فيصبح الالتزام ، بعد أن انتقل الى الوارث ، لا يمكن التنفيذ به الا على أموال التركة التى انتقلت الى هذا الوارث . ولكن هذا التحوير ليس تحويرا حقيقيا ، فالواقع من الأمر أن الالتزام بقى — من ناحية المال الذى يجوز التنفيذ عليه — كما كان فى حياة المورث ، فقد كان عندئذ لا يمكن التنفيذ به الا عـــلى ماله ، فبقى كما كان [1] .

(١) وفى الشريعة الاسلامية يبقى الالتزام ، باعتباره دينا ، فى التركة يؤدى من أموالها . فما لا يتم فى الشرائع الغربية الا عن طريق الاحتفاظ بحق التجريد هو الاصل الذى يعمل به فى الشريعة الاسلامية .

والتحوير الحقيقي فى الالتزام ، وان لم يكن تحويرا فى أساسه ، يقع اذا تعددت الورثة . فان الالتزام ، حقا كان أو دينا ينقسم على الورثة كل بنسبة حصته فى التركة (١) ، وهذا ما لم يكن الالتزام فى أصله غير قابل للانقسام (٢) كما سبق القول .

٢٣٩ — انتقال الالتزام ما بين الاحياء : أما انتقال الالتزام بالمعنى الذي أسلفناه ، أى انتقال الالتزام ذاته بمقوماته وخصائصه ، ما بين الأحياء ، فلم يكن معروفا فى القانون الرومانى ، اذ كانت الفكرة التى تصور الالتزام رابطة شخصية تقوم حائلا دون ذلك كما قدمنا . واذا كان قد أمكن ، فى انتقال الالتزام بسبب الموت ، جعل الوارث خلفا عاما للمورث وتصوير هذه الخلافة العامة كأنها استمرار لشخصية المورث ، ففى انتقال الالتزام ما بين الاحياء حيث الخلافة خاصة ، لا يمكن تصوير هذه الخلافة الخاصة حال الحياة ، كما أمكن تصوير الخلافة العامة بعد الموت ، استمرارا لشخصية السلف . ذلك أنه اذا أمكن القول بأن المورث وقد زالت شخصيته بالموت ، يتصور استمرارها فى شخص الوارث ، فانه يتعذر القول بأن السلف ، وهو لا يزال حيا ، تستمر شخصيته فى شخص خلفه الخاص (٣) .

---

(١) انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٦ — دى باج ٣ فقرة ٣٧٤ .

(٢) أما فى الشريعة الاسلامية فقد رأينا ان الالتزام ينقسم اذا انتقل كحق الى ورثة الدائن ، ويبقى فى التركة غير منقسم اذا كان دينا مات عنه المورث .

(٣) ويقول كولان وكابيتان ان انتقال الالتزام ما بين الاحياء كان أبطأ ظهورا فى التاريخ من انتقاله بسبب الموت . وكذلك كان انتقال الحق الشخصى متأخرا فى الظهور عن انتقال الحق العينى ، وبخاصة حق الملكية . ذلك أن صاحب حق الملكية اذا اراد تحويل حقه الى نقود فانما يفعل ذلك غالبا عن طريق بيعه ، اى عن طريق انتقال الحق العينى . أما الدائن فى الالتزام فيحول حقه الى نقود عادة عن طريق استيفائه ، أى عن طريق انقضاء الحق الشخصى . ويترتب على ذلك نتيجتان : (أولاهما) أن انتقال حق الملكية ظهر مبكرا فى التاريخ ، ولم يظهر انتقال الحق الشخصى الا متأخرا كثيرا عن ذلك . (والثانية) أن نظرية انقضاء الالتزام بلغت قدرا كبيرا من الاهمية ، بخلاف نظرية انقضاء الحق العينى فليست لها أهمية تذكر (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٣ ص ٤٢٥) .

من أجل ذلك لم يكن ممكنا أن ينتقل الالتزام حال الحياة ، في القانون الروماني ، من دائن الى دائن آخر ، أو من مدين الى مدين آخر ، عن طريق حوالة الحق ، أو عن طريق حوالة الدين . ولم يكن ممكنا ، اذا أريد تغيير شخص الدائن الا تجديد الالتزام بتغيير الدائن ، أو أريد تغيير شخص المدين ، الا تجديد الالتزام بتغيير المدين . وفي الحالتين ، لم يكن الالتزام ذاته ، بمقوماته وخصائصه ، هو الذي ينتقل من شخص الى شخص آخر . بل كان الالتزام الأصلي ينقضي بالتجديد ، وينشأ مكانه التزام جديد بمقومات وخصائص غير المقومات والخصائص التي كانت للالتزام الأصلي ، وفي هذا الالتزام الجديد كان يتغير شخص الدائن أو يتغير شخص المدين . على ان الرومان كانوا يلجأون الى طريقة أخرى لتحويل الالتزام من دائن الى دائن آخر ، دون تدخل من المدين . فكان الدائن الأصلي يوكل من يريد تحويل الالتزام اليه في قبض الدين باسمه من المدين ، وكان هذا التوكيل **Procuratio in rem suam** وسيلة يستطيع بها الوكيل أن يقبض الدين دون حاجة الى رضائه بتحويل الدين . ولكن هذه الطريقة لم تكن مأمونة ، فان الدائن الأصلي كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل أن يقبض الدين (١) .

ويبقى القانون الروماني على هذه الحال ، دون أن يعرف لاحوالة الحق ولا حوالة الدين . وبقيت الحوالة مجهولة مدة طويلة في القانون الفرنسي القديم ، يتحايلون عليها عن طريق التوكيل بقبض الدين الذي كان القانون الروماني يلجأ اليه ، حتى أصبح هذا الطريق مألوفا .

---

(١) دي باج ٣ فقرة ٢٧٥ ص ٣٤٠ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٢ ص ٤٢٥ . ويقول دي باج ان فكرة الالتزام في القانون الروماني القديم هي التي تفسر استحالة انتقال الالتزام . فالالتزام في هذا القانون لا ينعقد الا بموجب اشكال وأوضاع معينة يقوم بها كل من المدين والدائن ، ومن شأن الالتزام ان يضع المدين تحت سلطة الدائن الى حد بعيد . فكيف يمكن أن ينتقل الالتزام من دائن الى دائن ، ومن مدين الى مدين ، الا بعد الالتجاء من جديد الى هذه الأشكال والأوضاع ، وعندئذ تنحل عقدة الالتزام الأصلي ويحل محله التزام جديد ، وليست هذه بالحوالة وانما هو التجديد (دي باج ٣ فقرة ٢٧٥ ص ٣٤٠) .

ومنه دخلت حوالة الحق فى القانون الفرنسى القديم ، وأصبح مسلما فى هذا القانون انه يجوز للدائن أن يحول حقه الى دائن آخر دون حاجة الى الحصول على رضاء المدين بالحوالة ، على غرار التوكيل بالقبض الذى أصبح مفترضا دون نص ، وهذا بالرغم من أن التحليل القانونى الدقيق — أو كما يقول بوتييه : selon la subtilité du droit (١) — يستعصى على أن ينتقل الالتزام وهو رابطة شخصية من دائن الى دائن آخر (٢) .

وساعد على امكان انتقال الالتزام من دائن الى دائن آخر أن فكرة الالتزام باعتباره رابطة شخصية أخذت تتطور ، وأخذ العنصر المادى فى الالتزام يبرز شيئا فشيئا . فأصبح من السهل أن نتصور أن الالتزام ، باعتباره قيمة مالية لا باعتباره رابطة شخصية ، وبالنسبة الى موضوعه لا بالنسبة الى أطرافه ، ينتقل من دائن الى دائن آخر .

ولكن التطور فى القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحد . ولم يصل القانون الفرنسى حتى اليوم الى تنظيم حوالة الدين ، أى انتقال الالتزام من مدين الى مدين آخر ، وليس هناك من سبيل الى تغيير المدين فى الالتزام الا عن طريق التجديد أو الانابة فى الوفاء . ذلك أن شخصية المدين فى الالتزام أكبر خطرا من شخصية الدائن ، فعلى شخصية المدين ومقدار يساره وحسن استعداده للوفاء بدينه تتوقف قيمة الدين . فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين الى مدين آخر دون أن يكون الدائن طرفا فى هذا التحويل عن طريق التجديد ، لأن الدئن يأبى أن يتغير علية المدين دون رضائه ، ويعنيه من تغيير مدينه مالا يعنى المدين من تغيير (٣) . فبقيت القوانين اللاتينية عند

---

(١) بوتييه فى البيع فقرة ٥٥١ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٣ ص ٨١ ص ٨٣ — دى باج ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٤٠ .

(٣) وان كان المدين يعنيه هو أيضا تغيير دائنه فمن الدائنين من هو أرحب جانبا وايسر معاملة واقل تشددا . ولكن الاعتبارات التى تقترن بتغير الدائن أقل أهمية من تلك التى تقترن بتغير المدين .

هذه المرحلة من التطور لم تستكمله الى غايته (١) ، وذلك مع اســتثناء التقنين المدنى الايطالى الجديد فقد أقر حــوالة الدين عند الكلام فى الانابة فى الوفاء (انظر المادة ١٢٧٣ من هذا التقنين) •

أما التقنينات الجرمانية فقد سارت فى التطور الى نهاية الطريق • وما دامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام قيمة مادية أكثر منه رابطة شخصية (٢) ، وما دام قد أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن الى دائن آخر ، فما الذى يحــول دون التســــليم بانتقـــاله من مدين الى مدين آخر ! ومــن ثم يعرف كل مــن التقنين المدنى الألمانى (م ١٤١٤ ــ ١٤١٩) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٥ ــ١٨٣) ، الى جانب حوالة الحق ، حوالة الدين (Schuldubernahme) (٣) •

وقد تابع التقنين المدنى المصرى الجديد ــ ومعه التقنينات المدنية العربية الاخرى (٤) ــ هذا التطور • وبعد أن كان التقنين المدنى السابق لا يعرف ، على غرار التقنين المدنى الفرنسى ، الا حوالة الحق ، أصبح التقنين المدنى الجديد يعرف حوالة الحق وحوالة الدين وقد خصص

---

(١) انظر فى الاعتراضات التى توجه الى اقرار حوالة الدين والرد عليها الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٦٨ ــ ص ٢٧١ ــ وسنرى عند الكلام فى حوالة الدين كيف وقف تطور هذه الحوالة فى القانون الفرنسى •

(٢) ويستتبع ذلك أن تنتقل هذه القيمة المادية من دائن الى دائن دون رضاء المدين ، ومن مدين الى مدين دون رضاء الدائن (د ج ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٣٤١ ــ ص ٣٤٢) •

(٣) وسنرى عند الكلام فى حوالة الدين كيف نشأت هذه الحوالة فى البلاد الجرمانية وكيف استكملت تطورها •

(٤) ويعرض تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لانتقال الالتزام بوجــه عام سواء بين الاحياء أو بسبب الموت ، وسواء انتقل الحق أو انتقل الدين ، فتنص المادة ٢٧٩ من هذا التقنين على ما يأتى : « تنتقل الموجبات بالوفاة أو بين الأحياء ما لم يكن ثمة استحالة ناشئة عن نص قانونى أو عن كون الموجب شخصيا محضا وموضوعا بالنظر الى شخص العاقد ــ يخضع الانتقال بسبب الوفاة لقواعد الأرث بوصية أو بغير وصية ــ أما الانتقال بين الأحيــاء فخاضع للقواعد الآتية الموضوعة مع التمييز بين انتقال الموجبات منظورا اليها من الوجهة الايجابية (انتقال دين الدائن) وانتقال الموجبات منظورا اليها من الوجهة السلبية (انتقال دين المدين) •

لهما ــ تحت عنوان انتقال الالتزام ــ الباب الرابع من الكتاب الأول فى نظرية الالتزام (١) ٠

٢٤٠ ــ انتقال الالتزام فى الفقه الاسلامى : ويجــدر بنا أن ننظر بعد هذه العجالة التاريخية ، ماذا كان موقف الفقه الاسلامى من انتقال

---

(١) ويذهب الاستاذ شفيق شحاته الى أن الالتزام لا ينتقل فى الواقع من الأمر ، من دائن الى دائن او مــن مدين الى مدين ، بل الدائن أو المدين يستخلف شخصا اخر ــ دائنا أو مدينا ــ على الالتزام ٠ فهو يميز ، مــن ناحية التعبير ، ما بين انتقال الالتزام والاستخلاف عليه ، ففى الحالة لأولى ينتقل الالتزام الى شخص جديد ، أما فى الحالة الثانية فلا ينتقل الالتزام بــل يستخلف شخص عليه شخصا اخر ٠ ويقول فى هذا المعنى ما يأتى : « والواقع أن الذى وصلت اليه التشريعات الحديثة بعد تطور طويل هو اباحة الاستخلاف ما بين الأحياء فى الحق الواحد كما يحدث تماما عند وفاة الشخص بالنسبة الى مجموعة حقوقه ٠ فالدائن الجديد يخلف الدائن القديم ، وكذلك المدين الجديد يخلف المدين القديم ، فى الحق الشخصى ٠ فلا ينشأ حق جديد ، ولاينتقل الحق القديم الى شخص جديد ، بل ان شخصا يحل محل آخر فى نفس الحق من طريق ما يسمى خطأ فى القوانين الوضعية بالحوالة » (الأستاذ شفيق شحاته : حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٧) ٠ وقد يقتضى المنطق كل هذه الدقة ، فلا يقال ان الالتزام انتقل من شخص قديم الى شخص جديد ، بل ان شخصا قديما استخلف عليه شخصا جديدا ٠ ويوازن ســـالى بين العبارتين ، فيرى العبارة الثانية أدق ، اذ يقول : « ان استبدال شخص بآخر فيما يتعلق بالالتزام ، هو الذى يعدل انتقال الالتزام ، ولكن لفظ الاستخلاف أدق من لفظ الانتقال ٠ فما دام الالتزام لصيقا بالشخص فنقله لا يعنى الا أن شخصا جديدا أصبح هو صاحب الالتزام وخلف عليه من نقله ٠ بل ان التعبير الصحيح ، ليس أن يقال ان شخصا قد استخلف على حق الغير ، بل أن يقال ان شخصا خلف شخصا آخر فيما يتعلق بهذا الحق » (سالى : بحث فى النظرية العامة للالتزام فى القانون الألمانى فقرة ٧٤ ص ٦٤) ٠ ومهما يكن من أمر ، فما لا شك فيه أنه عندما يقال أن الالتزام انتقل من شخص اخر ، يكون المقصود دائما أن هذا الشخص الآخر قد خلف الشخص الأول على هذا الالتزام ٠ فالانتقال هنا معناه الاستخلاف ، واستعمال لفظ الانتقال أيسر من الناحية العلمية ٠ على أن الأستاذ شفيق شحاته أجاز فى مكان آخر أن يقال « ان الحق وقد كان محله الشىء انتقل الى شخص آخر وبقى محله نفس هذا الشىء » (النظرية العامة للحق العينى ص ١١٤ وص ١١٥ وهامش رقم ١ فى ص ١١٥) ٠ ويعترض الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه على التمسك بهذا القدر من الدقة ، ويذهبون الى أن الحق ، وبخاصة حق الملكية والحق الشخصى من ناحيته الايجابية ، ينتقل فعلا من شخص الى آخر (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٥٩) ٠

الالتزام ، وما مدى التطور الذى بلغه فى هذه المسألة (١) •

يعرف الفقة الاسلامى الحولة ، ومن أهم المميزات له فى تنظيمها هو التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة (٢) • يوجد فى كل من الحوالتين دائن ومدين ثم أجنبى محال علية ، وهذا المحال عليه هو الذى يتركز فية التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة •

فان كان هذا الأجنبى مدينا للمدين أو كان فى يده له وديعه أو عين مغصوبة ، وأراد المدين عنطريق الحوالة الوفاء بالدين الذى فى ذمته للدائن بالحق الذى له فى ذمة الاجنبى ، فهذه هى الحوالة المقيدة (٣) • وهى أقرب الى أن تكون طريقا من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق • وتقرها المذاهب جميعا ، على خلاف بينها فى الصياغة القانونية سنذكره فيما يلى :

أما ان كان الأجنبى غير مدين للمدين ، أو كان مدينا ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين فى المذهب الحنفى ، فهذه هى الحوالة المطلقة• ويمكن فى الحوالة المطلقة • أن نتصور أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبى ، وهذه هى حوالة الدين بالمعنى الدقيق ، ولا يسلم بها الفقه الاسلامى خلافا لما يقال عادة • وهى عنده أقرب الى أن تكون كفالة أو تجديدا ، من أن تكون حوالة للدين • وقد قدمنا أن الكفالة فى الفقه الاسلامى هى الاصل فى التضامن ، والان نراها الاصل أيضا فى

---

(١) انظر فى هذا الموضوع الدكتور صبحى المحمصانى : انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ـ النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ٢ ص ٣٤١ ـ ص ٣٥٦ •

(٢) هذا التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة مذكور فى نصوص المذهب الحنفى دون نصوص المذاهب الأخرى • ولكنه تفريق جوهرى لتفهم الحوالة فى الفقه الاسلامى فى المذاهب جميعا لا فى المذهب الحنفى دون نصوص المذاهب الأخرى • ولكنه تفريق جوهرى لتفهم الحوالة فى الفقه الاسلامى فى المذاهب جميعا لا فى المذهب الحنفى وحده ، كما سنرى •

(٣) وفى المذهب الحنفى لا تكون الحوالة مقيدة الا اذا قيد المدين الحوالة بالدين الذى له فى ذمة المحال عليه ، فاذا كان للمدين دين فى ذمة المحال عليه ولم يقيد به الحوالة ، فان الحوالة تكون مطلقه بالرغم من مديونية المحال عليه للمدين •

الحوالة • ويمكن كذلك فى الحوالة المطلقة أن نتصور أن الدائن هــو الذى يريد أن يحيل حقه للأجنبى ، وهذه هى حوالة الحــق بالمعنى الدقيق • وحوالة الحق أيضا لا يسلم بها الفقه الاسلامى بوجه عام ، خلافا لما يقال عادة • ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لايسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها فى حدود معينة •

وقبل أن نفصل ما أجملناه ، يحسن أن نشير الى خطأين شائعين ينسبان الى الفقه الاسلامى فى خصوص الحوالة : (أولا) ما يرد ذكره عادة فى الفقه والقضاء فى مصر على أن حوالة الحق فى الفقــه الاسلامى انما هو حوالة الدين لا حوالة الحق • (ثانيا) ليس صحيحا أن الفقه الاسلامى عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق ، والا كان هذا بدعا فى تطور القانون • فمن غير الطبيعى أن يعرف نظــام قانونى حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق ، كما أنه من غــير الطبيعى أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء وهو لــم يعترف بانتقاله بسبب الموت • فالفقه الاسلامى كان فى تطوره طبيعيا كسائر النظم القانونية : لم يعرف حوالة الدين ، لا بسبب المــوت اذ الدين لاينتقل الى الورثة بل يبقى فى التركة حتى تقوم بسداده ، ولا بين الأحياء الا فى صورة من صور الكفالة أو التجديد • وعرف حوالة الحق ، بسبب الموت حوالة كاملة اذ الحقوق الشخصية التى للتركــة تنتقل الى الورثة ، وبين الأحياء بقيود معينة وفى مذهب واحد هــو المذهب المالكى (١) •

والآن ننتقل الى تفصيل ما أجملناه ، فى غير اطالة اذ لا يتســع المقام هنا للاسهاب • ونتناول حوالة الدين وهى المعنية بلفظ «الحوالة» فى الفقه الاسلامى فاذا ذكرت الحوالة قصد بها حوالة الــدين دون غيرها ، ثم حوالة الحق ولا يعرف الفقه الاسلامى هذا التعبير ويسمى حوالة الحق بيع الدين أو هبة الدين •

(١) قارن الدكتور حسن الذنون ، وهو يقول : « والشريعة الاسلامية اقرت حوالة الدين دون حوالة الحق على راى معظم الفقهاء » (احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢١٨ ص ٢٠٧) •

حوالة الدين : يختلف ، فى حوالة الدين ، المذهب الحنفى عـــن المذاهب الثلاثة الأخرى • على أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة ، وان كان غير منصوص عليه الا فى فقه المذهب الحنفى ، لايقل أهمية فى المذاهب الثلاثة الأخرى عنه فى المذهب الحنفى ، بل لعله يزيد كما سـنرى •

١ ـ ونبدأ بالمذهب الحنفى : ففى هذا المذهب تتم الحـوالة المطلقة برضاء الأطراف الثلاثة ، الدائن والمدين والمحال عليه • ويجوز أن تتم برضاء الدائن والمحال عليه دون المدين (١) ، ولكن لا يرجـــع المحال عليه فى هذه الحالة على المدين ، اذا دفع الدين للدائن ، الا اذا كانت الحوالة بأمر المدين • أما الحوالة المقيدة فلابد فيها من رضـــاء الاطراف الثلاثة • وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة ، فان الدائن يرجع على المحال بالدين • فهل انتقل الدين الى ذمة المحال عليه بالحوالة؟ هنا تتضارب الآراء فى المذهب الحنفى • فعند أبى حنيفة وأبى يوسف، ينتقل الدين من ذمة المدين الى ذمة المحال عليه ، فلو أبرأ الـــدائن المحال عليه من الدين صح ذلك ولو أبرأ المدين لا يصح ، ولكن الدين يعود الى ذمة المدين اذا توى عند المحال عليه وعند محمد ، تنتقـل المطالبةوحدها دون الدين من المدين الى المحال عليه ، ويبقى الدين دون المطالبة فى ذمة المدين • فلو أراد أن يقضيه للدائن ، لا يكون متبرعـا ، لأنه لايزال مدينا ، ويجبر الدائن على الاستيفاء • ولو أبرأ الدائـن المحال عليه ، لايرتد الابراء بالرد ، لأن الدائن انما أسقط المطالبة لا

---

(١) أما اذا اتفق المدين مع المحال عليه على الحوالة فان هذا لايكفى ، بل لا بد أيضا من قبول الدائن ولا تنعقد الحوالة الا من وقت هذا القبول دون أثر رجعى • ويشترط أيضا لانعقاد الحوالة بلوغ المحال عليه ، لأنه يعتبر فى مقام المتبرع • أما المدين والدائنفيكفى فيهماالتمييز لانعقاد الحوالة ، ويشترط لنفاذها الاجازة ، فاذا كان المميز هو الدائن اشترط فى الاجازة أن يكون المحال عليه أكثر ملاءة من المدين •

ويعتمد المذهب الحنفى ـ ومعه سائر المذاهب ـ فى مشروعية الحوالة على حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : مطل الغنى ظلم ، واذا اتبع احدكم على ملىء فليتبع •

الدين ، ولا يرجع المحال عليه على المدين ولو كانت الحوالة بأمره ، لأن الدائن لم يبرىء المحال عليه من الدين بل من مجرد المطالبـة • واذا توى الدين عند المحال عليه ، عادت المطالبة الى المدين واجتمعت عنده مع الدين فيرجع عليه الدائن بالدين نفسه ، ولو كان الدين قد انتقل الى المحال عليه لما كان للدائن الرجوع بنفس الدين وانما كان يرجـع بالضمان • وعند زفر ، لا ينتقل الدين ولا المطالبة الى ذمة المحـال عليه ، بل تضم ذمة المحال عليه الى ذمة المدين فى المطالبة ، فيكـون المحال عليه كفيلا للمدين •

ثم ان الدائن اذا طالب المحال عليه بالوفاء ، وجب هنا أن نميـز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة • ففى الحوالة المطلقة ، اذا دفع المحال الدين للدائن ، فانه لايرجع على المدين الا اذا كانت الحوالـة بأمره كما قدمنا ، ويرجع بالدين نفسه لابما أدى • وهذا يدل اما على أن الدين لايزال باقيا فى ذمة المدين كما يقول محمد ، فيرجع المحـال عليه به • وأما على أن الدين قد انتقل مع المطالبة الى المحال عليه كمـا يقول أبو حنيفة وأبو يوسف ، فأداه المحال عليه وحل محل الدائن فيه ، فيرجع به على المدين • واما على أن الدين والمطالبة لم ينتقلا عن المدين كما يقول زفر ، ولهذا يرجع المحال عليه بنفس الدين ، كما يرجـع الكفيل فى الكفالة بما كفل لا بما أدى • أما اذا توى الدين عند المحـال عليه — بأن مات هذا مفلسا أو أفلس وهو حى أو جحد الحوالة ولم تكن هناك بينة — فان الدائن يرجع على المدين بنفس الدين(١) كما سبق القول • وفى الحوالة المقيدة يخصص الحق الذى للمدين فى ذمة المحال عليه لوفاء الدين المحال به (٢) ، دون أن ينتقل هذا الحق للدائن ، بل دون أن يكون

---

(١) ويرجع بنفس الدين لا بالضمان ، وسنرى ان هذا يمكن حمله على ان الحوالة تفسخ توى الدين • ولكن قد يؤخذ هذا دليلا على صحة قول محمد من أن الدين لاينتقل بالحوالة ، بل يبقى فى ذمة المدين ، وتعود المطالبةبالتوى فتجتمع مع الدين ، ومن ثم يرجع الدائن بنفس الدين على المدين ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك •

(٢) ونصوص المذهب الحنفى لا تشترط التساوى ما بين الدين المحال =

رهنا عنده لسببين : ١ — اذا أفلس المدين قبل أن يؤدى المحال عليه الدين للدائن ، فليس الدائن أحق من سائر غرماء المدين بالدين الذى خصص له وقيدت به الحوالة . وعند زفر الدائن أحق من سائر الغرماء لأن الدين صار له بالحوالة رهنا (١) . ٢ — ولو توى هذا الدين عند

= به والدين المحال عليه ، اما نصوص المذاهب الثلاثة الاخرى فتصرح بوجوب هذا التساوى كما سنرى .

وفى الحوالة المقيدة فى الفقه الحنفى يخصص الدين المحال عليه للوفاء بالدين المحال به كما يخصص مقابل الوفاء (provision) لدفع قيمة الكمبيالة . وقد عرف الفقه الاسلامى الكمبيالة فعلا ، وسماها « السفتجة » ، وبنى احكامها على اسس الحوالة .

(١) وقد أخذت « المجلة » بقول زفر فى هذه المسألة ، اذ نصت المادة ٦٩٢ منها على ما يأتى : « ينقطع حق مطالبة المحيل بالمحال به فى الحوالة المقيدة وليس للمحال عليه أن يعطى المحال به للمحيل . فان أعطاه ضمن ، وبعد الضمان يرجع على المحيل . ولو توفى المحيل قبل الأداء وكانت ديونه أزيد من تركته فليس لسائر الغرماء حق فى المحال به » . ويقول الأستاذ سليم باز تعليقا على هذا النص ما يأتى : « التعبير بالمحال به ... غير مصيب ، اذ المقصود هنا ما فى يد المحال عليه أو فى ذمته من العين والدين كما هو ظاهر . أما المحال له أحق من سائر الغرماء فى ذلك ، فلم يظهر لى وجهه ، مع ان عامة كتب المذهب قد صرحت بأن المحال له اسوة للغرماء ، لأن العين التى للمحيل فى يد المحال عليه والدين الذى له فى ذمته لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة ، لا يدا وهو ظاهر ، ولا رقبة لأن الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل ، فيكون الغرماء بالاسوة . أما المرتهن فملك المرهون يدا وحبسا ، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره ، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (درر) . أما لو كانت الحوالة مطلقة فالمحتال أسوة الغرماء عند الكل (رد محتار) . والظاهر أن جمعية المجلة لم تخالفهم الا فى الحوالة المقيدة فقط ، ولعلها أخذت بقول زفر ، فان المحتال عنده أحق من سائر الغرماء ، لأن الدين صار له الحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن (مجمع الأنهر) » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ٦٩٢ ص ٣٧٩) .

ولو أخذنا برأى زفر ، يكون الدين المحال عليه رهنا فى الدين المحال به كما رأينا ، فلا تنتقل ملكية الدين المحال عليه الى الدائن كما تنتقل فى حوالة الحق بالمعنى المفهوم فى القوانين الغربية . ومن ثم لا تكون الحولة فى رأى زفر ، حتى بالنسبة الى الدين المحال عليه ، حوالة حق (انظر الأستاذ مصطفى الزرقا فى الحقوق المدنية جزء ٢ ص ٣٠ فى الهامش — الأستاذ أميل تيان فى مقال له بمجلة كلية الحقوق ببيروت فى حوالة الدين وحوالة الحق فى الفقه الاسلامى علما وعملا — وقارن الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٥٨ هامش رقم ٣) .

المحال عليه(١)تتوى على المدين لاعلى الدائن ولايسقط فى مقابلته شىء من الدين المحال به (٢) . وهذان السببان يبينان أن الدين الذى تقيدت به الحوالة لا ينتقل الى الدائن ولايكون رهنا عنده .

هذه هى جملة أحكام حوالة الدين — المطلقة والمقيدة — فى المذهب الحنفى ، أوجزناها متوخين ابراز المقومات الرئيسية لهذه الحوالة فى هذا المذهب . ويبقى أن نضيف الى ما قدمناه أن التأمينات التى كانت تكفل الدين المحال به وهو فى ذمة المدين قبل الحوالة تنقضى بالحوالة عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، ولاتنتقل لتكفل الدين فى ذمة المحال عليه (٣) . وننظر بعد ذلك فى تأصيل حوالة الدين فى المذهب

---

(١) أو لم يستوف الدائن الدين لأى سبب آخر ، كأن كان ثمن مبيع فاستحق أو كان وديعة فهلكت . ولكن الحوالة تبطل فى هذه الحالة ، لأن الدين الذى قيدت به يعتبر سببا لها وقد انعدم فانعدمت .

(٢) ولو كان الدين الذى قيدت به الحوالة رهنا عند الدائن ، وتوى عند المحال عليه ، لسقط الدين المحال به بقدر ما توى من الرهن ، لان المرهون اذا هلك سقط من الدين ما يقابله .

(٣) أما عند محمد فتبقى التأمينات على حالها تكفل الدين الباقى فى ذمة المدين ، وقد قدمنا أن الحوالة عند محمد لا تنقل الدين وانما تنقل المطالبة وحدها . جاء فى فتح القدير : « فعند ابى يوسف ينتقل الدين والمطالبة، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين . قال وفائدة هذا الخلاف تظهر فى مسألتين : احداهما أن الراهن اذا أحال المرتهن بالدين ، فله ان يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو ابرأه عنه ، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن ... » (فتح القدير جزء ٥ ص ٤٤٦) . وجاء فى البحر الرائق : « لو أحال المشترى البائع بالثمن على رجل ، لم يملك (البائع) حبس المبيع . وكذا لو أحال الراهن المرتهن ، لا يحبس (المرتهن) الرهن ولو أحال الزوج المرأة بصداقها ، لم تحبس نفسها » (البحر الرائق ٦ ص ٢٦٨ وما بعدها) . وجاء فى الزيلعى : « ثم اختلفوا فى البراءة ، فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة ، وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين . وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين : أحدهما ... والثانى أن الراهن اذا أحال المرتهن بالدين على انسان ، كان للراهن ان يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو ابرأه عن الدين ، وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجل الدين » (الزيلعى ٤ ص ١٧١) .

وكما أن التأمينات لا تنتقل لتكفل الدين فى ذمة المحال عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف كذلك نحسب أن الدفوع أيضا لا تنتقل . فليس للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى كان المدين يتمسك بها ضد الدائن ، بل ولا يجوز للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع المستمدة من علاقته =

الحنفى ، أى فى التكييف القانونى الذى يساير المقومات الرئيسية السالفة الذكر . ونبادر الى القول أن هذا التكييف لايختلف باختلاف ما اذا كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة . وسنراه فى المذاهب الثلاثة الأخرى يختلف فى الحوالة المطلقة عنه فى الحوالة المقيدة ، وهذا يؤكد ما سبق أن قررناه من أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة قد تزيد أهميته فى المذاهب الثلاثة الأخرى عنها فى المذهب الحنفى . وانما يختلف التكييف فى المذهب الحنفى باختلاف ما اعتبر انتقاله بالحوالة الى المحال عليه ، هل هو الدين والمطالبة معا ، أو المطالبة وحدها ، أو أن المحال عليه لم ينتقل اليه بالحوالة لا الدين ولا المطالبة .

= هو بالدين ، وهذا ما لم تكن الحوالة مقيدة وسقط الدين الذى تقيدت به أو هلكت الوديعة على النحو الذى قدمناه . فيعتبر التزام المحال عليه نحو الدائن التزاما مجردا ، فلا يتأثر لا بالعلاقة القائمة بين المدين والدائن ولا بالعلاقة القائمة بينه وبين المدين ، وانما هى علاقة جديدة قامت بينه وبين الدائن مستقلة عن العلاقتين السالفتى الذكر . صحيح أن الدين الذى يقوم فى ذمة المحال عليه للدائن يشارك الدين الذى كان فى ذمة المدين للدائن فى صفته من حيث الحلول والتأجيل ، وقد جاء فى المادة ٨٩٦ من مرشد الحيران : « يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التى على المحيل . فان كان الدين على المحيل حالا ، تكون الحوالة به على المحتال عليه حالة ، ويدفع المحتال عليه الدين المحال به معجلا . وان كان الدين على المحيل مؤجلا، تكون الحوالة به على المحتال عليه مؤجله ، ولا يلزم بالدفع الا عند حلول الأجل . فلو مات المحيل بقى الأجل ، وان مات المحتال عليه صار الدين حالا ويؤدى من التركة ان كان بها ما يفى بادائه ، والا رجع المحتال بالدين أو بما بقى له منه على المحيل ليؤديه عند حلول الأجل » . ولكن هذا لا يفيد أن المحال عليه يتمسك بالدفوع التى كان يتمسك بها المدين . للمحال عليه طبعا أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ذاته اذ هو طرف فيه ، فاذا كان هذا العقد باطلا جاز له أن يتمسك ببطلانه . وله أيضا أن يتمسك بالدفوع التى يستمدها من علاقته هو بالدائن فله ان يتمسك باتحاد ذمته مع الدائن ، وان يتمسك بالمقاصة بينه وبين الدائن . أما أن يتمسك بالمقاصة بين الدائن والمدين ، فان جاز له ذلك فانما يحمل على انه يتمسك بدفع مستمد من عقد الحوالة . ذلك انه اذا كان الدين المحال به قد انقضى بالمقاصة بين الدائن والمدين قبل الحوالة فالحوالة باطلة ، لأن من شروط انعقادها أن يكون هناك دين قائم فى ذمة المدين للدائن ، فتمسك المحال عليه بالمقاصة فى هذه الحال انما هو تمسك ببطلان الحوالة (قارن الدكتور صبحى المحمصانى فى النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الأسلامية ٢ ص ٣٥٥ ـ انتقال الالتزام فى القانون اللبنانى ص ٥٨) .

١ — أما عند زفر ، حيث لاينتقل الدين ولا المطالبة من ذمة المدين الى ذمة المحال عليه ، بل تضم ذمة المحال عليه الى ذمة المدين فى المطالبة ، فالأمر واضح ، ولاتعدو حوالة الدين أن تكون كفالة محضة كما قدمنا • فاذا حول المدين دينه حوالة مطلقة ، كان معنى هذا عند زفر أنه اتخذ من المحال عليه كفيلا عاديا له ، وبقيت ذمته هو مشغولة بالدين كما كانت • ويكون للدائن أن يرجع اما على المحال عليه واما على المدين كما يشاء ، شأنه فى ذلك شأن الدائن فى الكفالة يرجع اما على الكفيل واما على المدين • واذا كانت الحوالة مقيدة ، بقى المحال عليه عند زفر كفيلا للمدين ، وأضيف الى ذلك أن الدين الذى تقيدت به الحوالة يصبح مرهونا فى الدين المحال به ، فيكون المدين قد قدم للدائن ضمانين : كفيلا ورهنا •

٢ — وأما عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمة المدين الى ذمة المحال عليه ، فهذا قول ينبغى ألا يؤخذ على علاته • والصحيح أن الدين الأصلى قد انقضى ، ومما يقطع فى انقضائه انقضاء التأمينات التى كانت تكفله • وحل محل الدين الاصلى دين جديد فى ذمة المحال عليه ، لا تنتقل اليه تأمينات الدين الأصلى كما قدمنا • وتكون حوالة الدين ، مطلقة كانت أو مقيدة ، عند أبى حنيفة وأبى يوسف ليست الا تجديدا بتغيير المدين ، فقد استبدل المحال عليه بالمدين الاصلى (١) • فاذا توى الدين عند المحال عليه ، فسخ التجديد، وعاد الدين الى ذمة المدين الأصلى (٢) •

٣ — أما عند محمد ، حيث لا ينتقل الدين الى ذمة المحال عليه

---

(١) وفى الحوالة المقيدة تبرأ ذمة المحال عليه نحو المدين بقدر ما أدى من الدين للدائن •

(٢) ذلك أن المدين يضمن للدائن يسار المحال عليه ، بحيث تنفسخ الحوالة اذا توى الدين عنده • وهذا بخلاف المذاهب الثلاثة الأخرى ، فسنرى أن المدين لا يضمن يسار المحال عليه ، الا فى مذهب مالك حيث يعتبر المدين قد غر الدائن اذا كان المحال عليه مفلسا وقت الحوالة دون أن يعلم الدائن ذلك ويعلمه المدين •

وانما تنتقل المطالبة وحدها ، وحيث لا تنقضى التأمينات بل تبقى على حالها تكفل الدين الباقى فى ذمة المدين (١) . فان حوالة الدين ، مطلقة كانت أو مقيدة ، أقرب الى أن تكون كفالة محورة . ووجه التحوير فيها أن الدائن يرجع على المحال عليه (الكفيل) أولا ، لأن المطالبة انتقلت اليه ولم تبق عند المدين . فان توى الدين عند المحال عليه ، يرجع الدئن على المدين الاصلى ، اذ تعود المطالبة بالتوى الى المدين لتنضم الى الدين كما كانت . أما فى الكفالة العادية فالدائن بالخيار ان شاء طالب المدين الاصلى أولا وان شاء طالب الكفيل (٢) ، لان المطالبة بقيت عند المدين وانما ضمت فيها الى ذمته ذمة الكفيل(٣) .

(ب) ونتنقل الآن ، فى حوالة الدين ، الى المذاهب الثلاثة الأخرى المالكية والشافعية الحنابلة . وهنا يجب أن نميز ، منذ البداية ، بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة . وهذا تمييز جوهرى لا تصرح بـه نصوص هذه المذاهب ، ويرجع ذلك فى الغالب الى أن الفرق بين هاتين الحوالتين كبير الى حد أن احداهما — وهى الحوالة المطلقة — ليست بحوالة أصلا كما سنرى . فلا تستحق هذه التسمية حتى لا تكون نوعـا

---

(١) وقد قدمنا أن التأمينات ، عند محمد ، تبقى على حالها تكفل الدين الباقى فى ذمة المدين ، خلافا لابى حنيفة ولابى يوسف : فتح القدير ٥ ص ٤٤٦ — الزيلعى ٤ ص ١٧١ — ويقضى المنطق — ، عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، بأن تعود التأمينات اذا فسخت الحوالة بالتوى وعاد الدين الى ذمة المدين الأصلى ولكن لا يوجد فى نصوص المذهب الحنفى نص صريح فى هذا المعنى

(٢) بل ان الدائن فى الكفالة العادية يغلب أن يرجع أولا على الكفيل ، لأنه يختار عادة لكفالة الدين من هو أكثر ملاءة من المدين الأصلى ، فيكون الرجوع على الكفيل أيسر من الرجوع على المدين . وهذا الذى يقع فعلا فى الكفالة العادية يقع قانونا فى حوالة الدين . فالذى تتميز به حوالة الدين اذن هو أن المدين فى الحوالة يأمن رجوع الدائن عليه قبل رجوعه على الكفيل ، فالحوالة من هذا الوجه أقرب الى ان تكون ضمانا للمدين منها ضمانا للدائن .

(٣) أو لعل حوالة الدين ، عند محمد ، هى ضرب من الانابة القاصرة (délégation imparfaite) ينيب فيها المدين المحال عليه فى الوفاء بالمدين عن طريق نقل المطالبة اليه ، فيرجع الدائن (المناب) هنا أيضا على المحال عليه (المناب لديه) أولا ، فان توى الدين عنده رجع على المدين (المنيب) . ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة مطلقة او مقيدة .

ثانيا الى جانب الحوالة المقيدة • وهذا يعود بنا مرة أخرى الى تأكيد أهمية هذا التمييز فى المذاهب الثلاثة •

ففى الحوالة المقيدة — أو الحوالة اطلاقا لأن الحوالة المطلقة لا تدعى فى العادة حوالة فى المذاهب الثلاثة — يشترط أن يكون للمدين دين فى ذمة المحال عليه معادل فى الجنس ومساو فى المقدار للدين المحال به ، فيوفى المدين الدين الذى فى ذمته للدائن بالدين الذى له فى ذمة المحال عليه • ومن ثم وجب أن يكون الدين المحال به والدين الذى تقيدت به الحوالة متساويين ، كما قدمنا ، فى الصفة والمقدار (١) ، فان اختلفا فى شىء من ذلك لم تصح الحوالة (٢) • ويشترط لانعقاد الحوالة المقيدة فى المذاهب الثلاثة رضاء كل من الدائن والمدين ، أما رضاء المحال عليه فلا يشترط على الأرجح ، لأن الدائن يستوفى الدين منه كما كان يستوفيه المدين فلا يتضرر المحال عليه بذلك • بل ان رضاء الدائن عند الحنابلة لايشترط هو أيضا اذا كان المحال عليه مليئا ، فيكفى اذن

---

(١) وهذا لا يمنع من ان يكون ما على المدين للدائن أكثر أو اقل مما على المحال عليه للمدين • فان كان أكثر ، جازت حوالة جزء منه يعادل فى المقدار ما على المحال عليه للمدين ، ولن كان أقل ، جازت حوالته على جزء مما على المحال عليه للمدين معادل له فى المقدار • جاء فى الشرح الصغير للدردير (جزء ٢ ص ١٤٣) : « وشرط لصحتها •• تساوى الدينين ، المحال بهوعليه، قدرا وصفة • فلا تصح حوالة بعشرة على أكثر منها ولا اقل ، ولا بعشرة محمدية على عشرة يزيدية ولا عكسه . فليس المراد بالتساوى أن يكون ما على المحيل مثل ما على المحال عليه قدرا وصفة لأنه يجوز أن يحيل بعشرة على عشرة من عشرين على غريمه ، وأن يحيل بخمسة من عشرة على خمسة على غريمه » •

(٢) وتصرح المالكية بأن الحوالة فى حالة تساوى الدين هى « احالة » الدين ، وليست بيع الدين بالدين • قال ابن جزى : « وشرط الثانى أن يكون الدين المحال به مساويا للمحال فيه فى الصفة والمقدار ، فلا يجوز أن يكون أحدهما أقل أو أكثر ، او ادنى ، لأنه يخرج عن الاحالة الى البيع ،فيدخله الدين بالدين » (القوانين الفقهية ص ٣٢٧) • اما عند الشافعية فالحوالة هى بيع دين بدين • جاء فى المهذب : « لا تجوز الحوالة الا على دين يجوز بيعه•• لان الحوالة بيع فى الحقيقة ، لان المحتال يبيع ماله فى ذمة المحيل بما له فى ذمة المحال عليه ، والمحيل يبيع ماله فى ذمة المحال عليه بما عليه من الدين ، فلا تجوز الا فيما يجوز بيعه » (المهذب جزء أول ص ٣٣٧) •

عندهم فى هذه الحالة ارادة المدين المنفردة • ومتى تمت الحوالة على هذا النحو ، برئت ذمة المدين نحو الدائن ، وبرئت ذمة المحال عليه نحو المدين ، وصار المحال عليه مدينا للدائن • ولا تنتقل تأمينات الدين المحال به بل تنقضى (١) مما يقطع فى هذا الدين قد انقضى ، فليس هو الذى قام فى ذمة المحال عليه للدائن • كذلك لا ينتقل الى الدائن الحق الذى كان للمدين فى ذمة المحال عليه للأسباب الآتية : ١ ـ لاتنتقل أيضا تأمينات هذا الحق لتكفل الحق الذى قام للدائن فى ذمة المحال عليه (٢) ، ٢ ـ لو كان حق المدين فى ذمة المحال عليه قد انتقل الى الدائن ، فقد كان ينبغى أن يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفوع التى كان يدفع بها مطالبة المدين ، دون الدفوع المستمدة من علاقة المديونية ما بين المدين والدائن ، ولكن فى بعض النصوص ما يصرح بعكس ذلك (٣) • ٣ ـ ولو كان هذا الحق قد انتقل الى

---

(١) جاء فى أسنى المطالب شرح روض الطالب (جزء ٣ ص ٢٣٢) : « لا يعتبر اتفاقهما فى الرهن ولا الضمان بل لو أحاله بدين أو على دين به رهن أو ضامن ، انفك الرهن وبرىء الضامن ، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما اذا أحال المشترى بالثمن والزوج بالصداق • ويفارق المحتال الوارث فى نظيره من ذلك ، لان الوارث خليفة مورثه فيما ثبت له من الحقوق » • وجاء فى حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (جزء ٢ ص ٢٦): « فلو كان فى أحد الدينين توثق برهن أو ضامن ، لم يؤثر ولم ينتقل الدين بصفة التوثق • بل يسقط التوثق ، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما اذا احال المشترى بالثمن والزوج بالصداق » • وجاء فى نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (جزء ٣ ص ٣٩٤) : « أن أطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن ، فينبغى أن تصبح وجها واحدا وينفك الرهن ، كما اذا كان له به ضامن فأحال عليه به من له دين لا ضامن به صحت الحوالة وبرىء الضامن ، لأنها معاوضة أو استيفاء وكل منهما يقتضى براءة الاصيل فكذلك يقتضى فك الرهن ، فان شرط بقاء الرهن ، فهو شرط فاسد تبطل به الحوالة ان قارنها » •

(٢) جاء فى الغرر البهية شرح البهجة الوردية (جزء ٣ ص ١٤٤ وما بعدها) : « لو أحاله على دين به رهن أو ضامن ، انفك الرهن وبرىء الضامن، لأن الحوالة كالقبض » • انظر ايضا ما قدمناه من النصوص : أسنى المطالب شرح روض الطالب جزء ٣ ص ٢٣٢ ـ حاشية الشرقاوى على شرح التحرير جزء ٢ ص ٢٦ ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج جزء ٣ ص ٣٩٤ •

(٣) اما أنه للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفوع التى كان يدفع =

الدائن ، وكان المحال عليه معسرا وقت الحوالة أو أعسر بعد ذلك ، فقد كان ينبغى أن يرجع الدائن على المدين بالضمان ، ولكن الظاهر من النصوص أن المدين لايضمن اعسار المحال عليه (١) • ٤ — ولو كان مقدرا لهذا الحق أن ينتقل الى الدائن ، ولكن لم يتمكن المدين من نقله، كأن كان الحق ثمنا لمبيع استحق أو كان وديعة فهلكت ، فقد كان ينبغى أن يعتبر الدائن غير مستوف لدينه أو أن الحق لم ينتقل اليه ، فيبقى للدائن دينه فى ذمة المدين ، ولكن هذا الحكم لايظهر فى وضوح من النصوص •

= بها مطالبة المدين ما لم يكن الدين الذى فى ذمته للمدين غير موجود أصلا، فقد جاء فى المهذب (جزء أول ص ٣٣٨ ص ٣٣٩) : « وان أحال البائع رجلا على المشترى بالألف ، ثم رد المشترى بعيب ، لم تبطل الحوالة وجها واحدا لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الأجنبى المحتال فلم يجز ابطالها • وان أحال البائع على المشترى رجلا بألف ، ثم اتفقا على أن العبد كان حرا ، فان كذبهما المحتال لم تبطل الحوالة ••• فان اقاما على ذلك بينة لم تسمع لانهما كذبا البينة بدخولهما فى البيع • وان صدقهما المحتال بطلت الحوالة ، لانه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة » — وهناك خلاف فيما اذا كان يجوز للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفوع المستمدة من علاقة المديونية ما بين الدائن والمدين ، فقد جاء فى المهذب : « واذا اشترى رجل من رجل شيئا بألف وأحال المشترى البائع على رجل بالألف ، ثم وجد بالمبيع عيبا فرده ، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو على الطبرى لاتبطل الحوالة فيطالب البائع المحال عليه بالمال ، ويرجع المشترى على البائع بالثمن ، لأنه تصرف فى أحد عوضى البيع فلا يبطل بالرد بالعيب ، كما لو اشترى عبدا بثوب وقبضه وباعه ثم وجد البائع بالثوب عيبا فرده • وقال أبو اسحق تبطل الحوالة •• فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه لأن الحوالة وقعت بالثمن فاذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمنا ، فاذا خرج عن أن يكون ثمنا ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة ••• ويخالف هذا اذا اشترى عبدا وقبضه وباعه ، لان العبد به حق غير المتبايعين وهو المشترى الثانى فلم يمكن ابطاله ، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما فوجب ابطالها » (المهذب جزء أول ص ٣٣٨) •

(١) جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى : « فاذا وقعت الاحالة ،برئت بها ذمة المحيل من الدين الذى كان عليه للمحال ، وانتقل الى طلب المحال عليه• ولا رجوع للمحال على المحيل ان افلس المحال عليه أو أنكر ، الا أن يكون المحيل قد غر المحال لكونه يعلم فلس المحال عليه أو بطلان حقه قبله ولم يعلم المحال بذلك • وقال الشافعى لا يرجع على المحيل ، غره أو لم يغره » (القوانين =

ويستوقف النظر على كل حال أن الحوالة ، فى المذاهب الثلاثة ، لاتكون الا حيث يكون المدين دائنا فى الوقت ذاته للمحال عليه يحبس ما عليه وبمقداره (١) . أليس من البديهى أن يقال فى هذه الحـــالة ان المدين انما يوفى ، عن طريق مايسمى بالحوالة ، الدين الذى عليه للدائن بالحق الذى له فى ذمة المحال عليه ؟ فهو بدلا من أن يستوفى حقه من المحال عليه ، ثم يوفى بهذا الحق الذى استوفاه الدين الذى عليـــه للدائن ، يختصر هاتين العمليتين فى عملية واحدة ، فيقضى الدين الذى عليه بالحق الذى له ، دون أن يستوفى شيئا من مدينه أو يوفى شـــيئا

= الفقهية ص ٣٢٧) . وجاء فى المهذب : « اذا أحال بالدين انتقل الحق الى المحال عليه وبرئت ذمة المحيل ، لأن الحوالة اما أن تكون تحويل حق أو بيع حق ، وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل . وان أحاله على ملء فافلس او جحد الحق وحلف عليه ، لم يرجع الى المحيل ، لانه انتقل حقه الى مال يملك بيعه ، فسقط حقه من الرجوع ، كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض . وان أحاله على رجل بشرط انه ملىء فبان أنه معسر ، فقد ذكر المزنى أنه لاخيار له ، وانكر العباس وقال له الخيار لانه غره بالشرط فثبت له الخيار ، كمـا لو باعه عبدا بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب . وقال عامة أصحابنا لاخيار له ، لان الاعسار نقض ، فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب فى المبيع ، ويخالف الكتابة فان عدم الكتابة ليس بنقض وانما هو عدم فضيلة ، فاختلف الامر فيه بين أن يشرط وبين الا يشرط » (المهذب جزء أول ص ٣٣٨) . وجاء فى الام للشافعى (جزء ٢ ص ٢٠٣) : « أخبرنا الربيع بن سليمان قال اخبرنا الشافعى املاء قال : والقول عندنا والله تعالى أعلم ما قال مالك بن أنس أن الرجل اذا أحال على الرجل بحق له ، ثم افلس المحال عليه أو مات ، لم يرجع المحال على المحيل أبدا » . وجاء فى المغنى : « فاذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت ، برئت ذمة المحيل فى قول عامة الفقهاء .. اذا ثبت أن الحق انتقل . فمتى رضى بها المحتال ولم يشترط اليسار ، لم يعد الحق الى المحيل أبدا ، سواء أمكن استيفاء الحق أم تعذر لمطل أو فلس أو غير ذلك » (المغنى ٥ ص ٥٨) .

(١) بل ان الفقه المالكى يشترط فوق ذلك أن يكون الدين المحال به حالا ، فاذا لم يكن حالا وجب على الاقل أن يكون الدين المحال عليه حالا وأن يقبضه المحال قبل التفرق ، وفى هذا ما يبرز فى وضوح أن الحوالة ليست الا وفاء دين بدين . جاء فى الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها) : « شرط صحة الحوالة ... حلول الدين المحال به ، وهو الذى على المحيل لانه اذا لم يكن حالا أدى الى تعمير ذمة بذمة فيؤدى الى بيع الدين بالدين ... الا أن يكون المحال عليه حالا ويقبضه قبل أن يفرقا مثل الصرف فيجوز » .

لدائنه ، بل يقتصر على أن يحيل دائنه على مدينه ! هذا هو الظاهر الواضح . ولكن على أى أساس أجرى المدين كل ذلك ؟ لا نرى أن المدين حول على مدينه الدين الذى فى ذمته للدائن ، لأن تأمينات هذا الدين لاتنتقل بل تنقضى كما قدمنا . وانما هو وفى لدائنه ما عليه من الدين من طريق التجديد بتغيير المدين ، فانقضى الدين الأصلى ، وحل محله دين جديد استبدل فيه بنفسه المحال عليه ، ومن ثم لم تنتقل التأمينات الى هذا الدين الجديد . ولانرى أن المدين حول لدائنه الحق الذى له فى ذمة المحال عليه ، لأن تأمينات هذا الحق لاتنتقل بل تنقضى كما قدمنا ، وهذا الى الأسباب الأخرى التى سبق ذكرها والتى تدعو الى القول بأن هذا الحق لم ينتقل . وانما هو استوفى من المحال عليه حقه هذا عن طريق التجديد بتغيير الدائن ، فانقضى الحق الأصلى ، وحل محله حق جديد استبدل فيه بنفسه الدائن ، ومن ثم لم تنتقل التأمينات الى هذا الحق الجديد . فهو باعتباره مدينا قد استبدل بنفسه مدينه ، وهو باعتباره دائنا قد استبدل بنفسه دائنه . وخرج على هذا النحو عن المديونية والدائنية ، فأسقط كلا من الدين والحق . وأنشأ التزاما جديدا ، اذ وضع مدينه مكانه تجاه دائنه ، كما وضع دائنه مكانه تجاه مدينه ، واستطاع بهذا أن يصل بين مدينه ودائنه ، فيجعل الأول هو المدين للثانى فى هذا الالتزام الجديد (١) .

---

(١) ومما يؤيد أن الدين الذى قام فى ذمة المحال عليه للدائن ليس هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين للدائن بل هو نظيره أى التزام جديد معادل له ، ما جاء فى كشاف القناع بحل الفاظ أبى شجاع (جزء ٢ ص ٤٨): « وتبرأ بالحوالة الصحيحة ذمة المحيل عن دين المحتال ، ويسقط دينه عن المحال عليه ، ويلزم دين محتال محالا عليه أى يصير نظيره فى ذمة » .
ويخلص من كل ذلك أن حوالة الدين فى الفقه الاسلامى تدخل فى منطقة الوفاء بالدين لا فى منطقة بيعه أو انتقاله . ويقول ابن القيم نقلا عن ابن تيمية فى هذا المعنى : « أن الحوالة من جنس ايفاء الحق لا من جنس البيع ، فان صاحب الحق اذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء ، فاذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذى فى ذمة المحيل ... ووفاء الدين ليس هو البيع الخاص وان كان فيه شوب المعاوضة » (اعلام الموقعين ١ ص ٣٤١) .

فالحوالة المقيدة فى المذاهب الثلاثة هى اذن ، فى نظرنا ، وفاء دين بحق ، عن طريق اسقاط كل من الدين والحق ، وانشاء التزام جديد يستوفى به المدين الحق ويفى بالدين • فتنتهى الى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة الى استيفاء الحق ، والى تجديد بتغيير المدين بالنسبة الى الوفاء بالدين •

أما ما يمكن أن نسميه بالحوالة المطلقة فى المذاهب الثلاثة ، حيث لايكون للمدين دين فى ذمة المحال عليه ، فهذه ليست حوالة أصلا ، حتى بالاسم ، فقد رأينا أن المذاهب الثلاثة لا تسميها حوالة • فاذا حول المدين دائنه على أجنبى غير مدين له ، فهو انما يجعل من هذا الأجنبى كفيلا له • فالحوالة هنا كفالة محضة لا تحوير فيها ، أو هى حمالة كما تقول المالكية (١) • ولابد من رضاء الدائن والمدين والمحال عليه جميعا بهذه الحوالة • فاذا انعقدت ، اعتبر المحال عليه كفيلا للمدين ، وكان الدائن بالخيار ان شاء طالب المدين وان شاء طالب المحال عليه ، ولا يتعين أن يطالب المحال عليه أولا كما يتعين ذلك فى المذهب الحنفى فيما دعوناه بالكفالة المحورة (٢) •

حوالة الحق : رأينا فى حوالة الدين أن المذهب الحنفى يتميز عن

---

(١) يؤيد ذلك النصوص الآتية : جاء فى الخطاب (جزء ٥ ص ٩١) : « قال فى المدونة واذا أحالك على من ليس قبله دين ، فليست حوالة وهى حمالة » • وجاء فى الخرشى (جزء ٦ ص ١٧) : « ومن شروطها ثبوت دين للمحيل فى ذمة المحال عليه ، والا كانت حمالة عند الجمهور » • وجاء فى المهذب(جزء أول ص ٣٣٧) : « ولا تجوز الحوالة الا على من له عليه دين، لأنا بينا أن الحوالة بيع ما فى الذمة بما فى الذمة ، فاذا أحال على من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح • ومن أصحابنا من قال تصح اذا رضى المحال عليه ، لأنه تحمل دين يصح اذا كان عليه مثله فيصح وأن لم يكن عليه مثله كالضمان •فعلى هذا يطالب المحيل بتخليصه كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه • فان قضاه باذنه رجع على المحيل ، وان قضاه بغير اذنه لم يرجع » •

(٢) ويخلص من ذلك أن الحوالة المطلقة فى المذاهب الثلاثة تختلف فى طبيعتها عن الحوالة المقيدة ، فالاولى كفالة محضة ، والثانية تجديد بتغيير الدائن • أما فى المذهب الحنفى فالحوالة المطلقة لا تختلف فى طبيعتها عن الحوالة المقيدة كلتاهما أما تجديد بتغيير المدين اذا قلنا بانتقال المطالبة =

حوالة الحق : رأينا فى حوالة الدين أن المذهب الحنفى يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى ، أما هنا ، فى حوالة الحق ، فالمذهب المالكى هو الذى يتميز عن المذاهب الثلاثة الاخرى ، الحنفية والشافعية والحنابلة •

(أ) فنبدأ بالمذهب المالكى : والظاهر أن هذا المذهب يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وببيع الدين • ويشترط لانعقاد هبة الدين من غير المدين — وهى حوالة حق عن طريق التبرع — ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام • فيشترط اذن القبض ، ويتم بالاشهاد أو بتسليم سند الدين أو « ذكر الحق » كما يقول مالك (١) • ويشترط لانعقاد بيع الدين من غير المدين — وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة — ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام • ويشترط الى جانب ذلك شروط أخرى • منها اقرار من عليه الدين بحق الدائن ، فلا يجوز بيع حق متنازع فيه • ومنها التعجيل بالثمن ، وأن يكون الدين المبيع غير طعام ، وأن يكون الثمن من غير جنس المبيع ، وأن يقع البيع لغير خصم المدين حتى

= والدين جميعا ، واما كفالة محورة اذا قلنا بانتقال المطالبة وحدها دون الدين ، اما كفالة محضة اذا قلنا بعدم انتقال أى من الدين والمطالبة • وانما تزيد الحوالة المقيدة على الحوالة المطلقة ، فى المذهب الحنفى ، بوجود دين فى ذمة المحال عليه للمدين يخصص لوفاء الدين المحال به على قول الائمة الثلاثة ، أو يكون مرهونا فيه على قول زفر •

(١) وقد جاء فى المدونة : « قلت أرأيت ان وهبت لرجل دينا لى عليه كيف يكون قبضه ،قال اذا قال قد قبلت فذلك جائز له ،وهذا قبض لان الدين عليه ، وهذا قول مالك واذا قبل سقط • قلت فان وهبت لرجل دينا على رجل آخر ، قال قال مالك اذا أشهد له ، وجمع بينه وبين غريمه ، ودفع اليه ذكر الحق ، فهو قد قبض • قلت فان لم يكن كتب عليه ذكر حق كيف يصنع ، قال اذا أشهد له وأحاله عليه فهذا قبض فى قول مالك • قلت فان كان الغريم غائبا ، فوهب لرجل ماله على غريمه واشهد له بذلك ودفع اليه ذكر الحق وأحاله عليه ، أيكون هذا قبضا فى قول مالك ، قال نعم • قلت أرأيت الدين اذا كان على الرجل وهو بأفريقية وأنا بالفسطاط ، فوهبت ذلك الدين الذى لى بافريقية لرجل معى بالفسطاط ، وأشهدت له ، وقبل ، أترى ذلك جائزا ، قال نعم • قلت لم أجزته فى قول مالك قال لأن الديون هكذا تقبض ، وليس هو شيئا بعينه يقبض ، انما هو دين على رجل فقبضه أن يشهد له ويقبل الموهوب له الهبة » (المدونة الكبرى جزء ١٥ ص ١٢٦ ـ ١٢٧) •

لايكون فى البيع اعنات للمدين بتمكين خصمه منه (١) . تنتقل التأمينات التى كانت للحق من رهن أو كفالة الا بالشرط وباقرار الكفيل بالكفالة وان كان لا يشترط رضاؤه بالحوالة (٢) .

(ب) وننتقل الآن ، فى حوالة الحق ، الى المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفية والشافعية والحنابلة . فهذه المذاهب جميعا لا تقر حوالة الحق ، ولاتجيز بيع الدين الا ممن عليه الدين ، لأن الدين غير مقدور

---

(١) وقد جاء فى شرح التاودى للتحفة : « وانما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه ، مع حضور المدين واقراره وان كان عليه بينة ، لانه قد يطعن فيها أو يدعى القضاء فيكون من شراء ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور . وأجاز ابى القاسم فى سماع موسى بن معاوية شراء الدين على الغائب ... مع تعجيل الثمن والا كان من بيع الدين بالدين ، وكونه ليس طعام من يبيع فان كان الدين طعام من يبيع لم يجز لما تقدم من منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضة . وبيعه بغير جنس مرعى : فان بيع بجنسه لم يجز ، لأن الشأن فى الدين أن يباع بأقل فيكون سلفا بمنفعة . وسادس الشروط ألا يكون المشترى عدوا للمدين يقصد بالشراء اعناته ، والا رد البيع وفسخ » (التاوى على التحفة ٢ ص ٤٧) .

ونرى من هذا النص انه لا يشترط لجواز بيع الدين لغير من هو عليه رضاء المدين ، ولكن يجب مع ذلك توافر الشروط الآتية : ١ ـ ألا يكون الدين حقا متنازعا فيه لان شراء ما فيه خصومة ممنوع . ٢ ـ الايكون الدين طعاما فى ذمة المدين ، لان بيع الطعام قبل قبضه ممنوع . ٣ ـ الا يكون الثمن من جنس الدين ، اذ المشترى يشترى الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفا بمنفعة ويداخله الربا . ٤ ـ أن يعجل الثمن ، والا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . ٥ ـ الا يكون المشترى خصما للمدين ، والا كان فى هذا اعنات للمدين بتسليط خصمه عليه . (انظر فى ذلك أيضا المدونة الكبرى ٩ ص ١٢٨ ـ ص ١٣٠) .

ويبدو أن بيع الدين من غير المدين فى المذهب المالكى ، بالشروط المتقدمة الذكر ، أقرب الى أن يكون وفاء مع الحلول أو وفاء للدين بمقابل صادرا من غير المدين . فالاجنبى يتقدم الى الدائن ويوفيه دينه أو يوفيه مقابلا من غير جنس الدين ، ويرجع بالدين على المدين . ولو كان هذا بيعا لامكن تأجيل الثمن ، فمن المسلم أن البيع يجوز تأجيل الثمن فيه ، ولأمكن الاجنبى ، بدلا من الوفاء بالدين أو بمقابل الدين فى الحال ، وهذا هو التعجيل بالثمن ، أن يبقيه دينا فى ذمته . ولكن المقطوع به فى مذهب مالك أنه لا يجوز بيع الدين من غير الدين بثمن مؤجل .

(٢) وقد جاء فى شرح التاودى للتحفة : « واذا بيع الدين أو وهب أو تصدق به ، وكان فيه رهن أو حميل ، لم يدخل واحد منهما الا بالشرط مع حضور الحميل واقراره بالحمالة وان لم يرض بالتحمل لمن ملكه . (تنبه) من =

التسليم الا للمدين نفسه (١) . على أن فى المذهب الحنفى حيلا تحقق كثيرا من الأغراض التى يراد الوصول اليها من وراء حوالة الحق (٢) .

ويخلص من كل ذلك أن الفقه الاسلامى لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم فى الفقه الغربى فى أى مذهب من مذاهبه . وقد أقر حـــوالة

= بيع الدين المسالة الملقبة عند العامة بقلب الرهن، وهى ان يكون بيدالانسان رهن فى دين مؤجل ، ويحتاج الى دينه فيبيعه بما يباع به . ويحل المشترى للدين محل بائعه فى حوز الرهن ، والمنفعة ان كانت المنفعة جعلت له والبيع للرهن بالتفويض الذى جعل للبائع المرتهن ، وغير ذلك . ويكتب فى ظهر وثيقة الدين أو فى طرتها . فان سكتا عن الرهن يدخل ، وان اختلفا فى اشتراطه حلفا وفسخ . وحيث دخل فللراهن جعله تحت يد أمين ان لم تشـــترط منفعته أو اشترطت ولحقه ضرر ، والا فلا كلام له » (التاودى على التحفة ٢ ص ٤٨) .

(١) والحنفية تجيز بيع الدين ممن عليه الدين : اما بثمن معجل ، ويبدو أن هذا أقرب الى أن يكون وفاء للدين بمقابل . واما بثمن مؤجل ، ويبدو أن هذا أقرب الى أن يكون تجديدا بتغيير محل الدين .

اما الشافعية ففى أحد قولين فى مذهبهم انه يجوز بيع الدين مـــن غير المدين ، بشرط قبض الدين والثمن فى المجلس . وهذا لا يعدو أن يكون بيعـا محضا ، عجل فيه الثمن وسلم المبيع . فالبائع تقدم الى الدائن بسلعته ، وباعها منه بثمن معادل للدين ، ووكله الدائن (المشترى) فى قبض هذا الدين . فقبض البائع الدين من المدين ، واحتجزه ثمنا ، وسلم المبيع الى المشترى ، وذلك كله فى مجلس البيع .

واما الحنابلة فلا يجيزون بيع الدين من غير المدين . ويجيزون بيعه من المدين بثمن معجل ـ وهذا وفاء بمقابل ـ لابثمن مؤجل . غير ان ابن تيمية وتلميذه ابن القيم يذهبان الى جواز بيع الدين بالدين ولو بثمن مؤجل (اعلام الموقعين ١ ص ٣٤٠ ـ ص ٣٤١) ، ولا يمنعان الا ابتداء الدين بالدين ، أى أن المبيع دينا مؤجلا فى الذمة ويكون الثمن كذلك دينا مؤجلا فى الذمة ،كبيع مقدار من القمح مؤجل التسليم فى مبلغ من النقود مؤجل الدفع . وهـذا يخرج عن منطقة بيع الدين بالدين .

(٢) فيحتال على حوالة الحق طريقين : ١ ـ يوكل الدائن من يريد أن يحول له حقه فى قبض هذا الحق من المدين ثم يهبه اياه ، وهو الطريق الذى كان القانون الرومانى يلجأ اليه . ولكن يستطيع الموكل ، فى هذه الحالة ، عزل الوكيل قبل قبض الدين ٢٠ ـ يقر الدائن لمن يريدأن يحول له حقه بان الحق له . وهذا الاقرار مقصور على العلاقة فيما بين المقر له ، اما المدين فلا يطالب بالدفع للمقر له . ولذلك يصحب الاقرار توكيل من الدائن للمقر له بقبض الدين ، أو يصدق المدين على الاقرار فيسرى فى حقه (انظر فى ذلك الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٦٢ ـ ص ٦٤ . أما ما يذكره الاستاذ شفيق شحاته فى ص ٥٧ ـ ص ٦١ من المسائل التى يستدل بها على جواز حوالة الحق فى الفقه الحنفى ، فيبدو لنا أن التعامل فيها =

الحق بشروط معينة فى أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الأخرى . فلم يكن الفقه الاسلامى اذن بدعا فى تطوره كما قدمنا ، ولم يقر حوالة الدين دون أن يقر حوالة الحق ، بل هو قد سار على السنن المألوفة فى التطور ، اذ بدأ باقرار حوالة الحق بسبب الموت ، ثم باقرار هذه الحوالة بين الأحياء ولكن فى مذهب واحد من مذاهبه . ثم وقف تطوره عند ذلك ، فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء فى المذاهب الاخرى ، ولم يقر حوالة الدين أصلا لا بسبب الموت ولا بين الأحياء (١) .

٢ — مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التى تقرب منها

٢٤١ — النظم القانونية التى تقرب من الحوالة وتشتبه بها : وقبل

= انما يقع على حوالة الدين لا على حوالة الحق ، فتجرى أحكام حوالة الدين على الوجه الذى أسلفناه فى هذا المذهب ، أو أن الحوالة فى هذه المسائل انما قصد بها التوكيل بقبض الدين وهذا مألوف فى المذهب الحنفى كما قدمنا : انظر فى هذا المعنى الأستاذ عيسوى أحمد عيسوى مجلة الازهر ٢٧ ص ١٠١٤ — ص ١٠١٨ وص ١١١٦ — ص ١١٢٠) .

(١) انظر فى الحوالة بوجه عام فى الفقه الاسلامى فى مذاهبه الاربعة : البدائع ٦ ص ١٥ — ص ١٩ — فتح القدير ٥ ص ٤٤٣ — ص ٤٥٢ — الزيلعى ٤ ص ١٧٢ — ص ١٧٥ — الفتاوى الهندية ٣ ص ٢٩٥ — ٢٠٦ — ابن عابدين ٤ ص ٤٤٦ — ص ٤٥٩ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٥٠ — ص ٢٥٢ — الخرشى ٦ ص ١٦ — ص ٢١ — الحطاب ٥ ص ٩٠ — ص ٩٦ القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٢٧ — المهذب ١ ص ٣٣٨ ص ٣٣٩ — المغنى (الطبعة الثالثة) ٤ ص ٥٢١ — ص ٥٣٤ .

الذى يخلص من كل ذلك أن حوالة الدين هى اما تجديد أو كفالة محورة أو كفالة محضة فى المذهب الحنفى ، وهى تجديد للدين بتغير المدين وبتغير الدائن فى المذاهب الأخرى . فلم يسلم الفقه الاسلامى أصلا بانتقال الدين ، لا فيما بين الأحياء ولا بسبب الموت ، لا عن طريق الخلافة الخاصة ولا عن طريق الخلافة العامة . وانما سلم بانتقال الحق بسبب الموت ، عن طريق الخلافة العامة فى الميراث ، وعن طريق الخلافة الخاصة فى الوصية بالدين . ولايكاد يسلم بانتقال الحق فيما بين الاحياء الا عن طريق الحيلة فى المذهب الحنفى ، والا فى كثير من التردد فى مذهب مالك . ولا عجب فى ذلك ، فهذا هو المسير الطبيعى فى تطور الحالة . اما تسليمه بانتقال الحق بسبب الموت ، فيبدو أن ذلك قد قام على فكرة الخلافة : خلافة الوارث للمورث وخلافة الموصى له للموصى . وهى خلافة لا تتحقق عنده الا بالموت فيختفى شخص السلف ويحل محله شخص الخلف .

أن نفصل أحكام الحوالة ، حوالة الحق وحوالة الدين ، نميزها عما يقرب منها فى النظم القانونية ويشتبه بها . فهناك غير الحوالة التجديد (novation) والانابة فى الوفاء (délégation) والوفاء مع الحلول (paiement avec subrogation) . فنقول كلمة موجزة فى التمييز بين هذه النظم ونظام الحوالة (١) ، أما تفصيل هذه النظم فمكانه القسم الثالث من هذا الكتاب عند الكلام فى أسباب انقضاء الالتزام .

٢٤٢ — الحوالة والتجديد : سنرى أن الالتزام يتجدد ، اما بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد ، واما بتغيير المدين اذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الاجنبى مدينا مكان المدين الاصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه ، أو اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد ، واما بتغيير الدين اذا اتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله أو فى مصدره (انظر ٣٥٢ مدنى) .

ويعنينا هنا من هذه الصور الثلاث الصورتان الأوليان : التجديد

---

(١) ويحسن التمييز أيضا بين حوالة الحق والاشتراط لمصلحة الغير . فالمشترط لمصلحة الغير لايحول للغير حقا له ، بل يشترط لمصلحته حقا يلزم به المتعهد ، فينشأ للغير حق مباشر يستمدة من عقد الاشتراط ذاته دون ان ينتقل اليه من المشترط بطريق الحوالة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه اذا جعل شخص من شخص آخر مستحقا لقيمة التامين الذى تعاقد عليه مع شركة التامين ، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق ، لا يرتب حقا للمستحق قبل المشترط او ورثته من بعده بسبب الغاء بوليصة التأمين لامتناع المشترط عن دفع اقساطه ، الا اذا كان الاشترط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشترط . وليس هو حوالة من المشترط للمستحق تفيد بذاتها مديونية المشترط للمستحق بمقابل قيمتها (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٦ ص ٢٩٧) .

بتغيير الدائن ويقابل حـوالة الحـق ، والتجديد بتغيير المدين ويقابل حـوالة الدين .

فيتفق التجديد مع الحوالة فى أن التجديد يتضمن كالحوالة امـا تغييرا للدائن واما تغييرا للمدين .

ولكن التجديد يختلف عن الحـوالة فى أن التجـديد يقضى الالتزام الأصلى ، وينشىء مكانه التزاما جديدا يتغير فيه الدائـن أو يتغير المدين . وهذا بخلاف الحـوالة كما رأينـا ، فان الالتـزام فيهـا ينتقل هـو نفسـه ، بجميع مقوماته وخصائصه ، من دائن الى دائن آخر أو من مدين آخر الى مدين . ففى الحوالـة ينتقل الالتزام بضماناته وصفاته ودفوعه ، أما فى التجديد فيحل محل الالتزام الاصلى التزام جديد بضماناته وصفات ودفوع قد تختلف عن تلك التى كـانت للالتزام الاصلى [1] وقد نصت المادة ٣٥٦ مدنى على أنه « ١ ـ يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الاصلى بتوابعه ، وان ينشأ مكانة التزام جديد . ٢ ـ ولا ينتقل الى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الاصلى الا بنص فى القانون ، أو الا اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك » . ثم تنص المادة ٣٥٨ مدنى على أنه « لاينتقل الى الالتزام الجـديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية،ولا التضامن الااذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون».

ونرى من ذلك أن الحوالة أفضل بكثير من التجديد ، فهى تحتفظ بالالتزام ذاته دون تغيير فيه ، ويبقى لهذا الالتزام ضماناته وصـفاته

(١) هذا الى أن التجديد بتغيير الدائن يقتضى فى انعقاده رضا المدين الأصلى ، أما حوالة الحق فلا تقتضى فى انعقادها رضاء المحال عليه . والتجديد بتغيير المدين يتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد والدائن ، أما حوالة الدين فتتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد وحدهما، أماقبول الدائن ملازم فى نفاذ الحوالة لا فى انعقادها . وقد يتم التجديد بتغييرالمدين عن طريق اتفاق المدين الجديد والدائن وحدهما ، وتتفق حوالة الدين فى ذلك مع التجديد .

ودعوته لمصلحة كل من الدائن والمدين (١) • وقد ذهب التقنين المدنى الالمانى ، بعد أن نظم كلا من حوالة الحق وحوالة الدين ، الى حد الغاء التجديد بتاتا ، سواء بتغيير الدين أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ، واستعاض عن التجديد بتغيير الدين الوفاء بمقابل ، وعن التجديد بتغيير الدائن حوالة الحق ، وعن التجديد بتغيير المدين حوالة الدين (٢) • والواقع من الامر أن التجديد لم يعد له ، الى جانب الحوالة ، مكان يذكر فان الحوالة تطغى عليه ويؤثرها الناس فى تعاملهم • ولقد كان للتجديد مكان ملحوظ فى التقنين المدنى السابق ، لان هذا التقنين لم يكن ينظم حوالة الدين كما سبق القول ، فكان التجديد بتغيير المدين يقوم الى مدى محدود بمهمة هذا النوع من الحوالة • ولكن بعد أن نظم التقنين المدنى الجديد حوالة الدين ، لم يعد للتجديد دور محسوس فى التعامل •

٢٤٣ ـ حوالة الدين والانابة فى الوفاء : ويقابل حوالة الدين أيضا الانابة فى الوفاء • وتتم الانابة اذا حصل المدين عن رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (م ٣٥٩/١ مدين) • ويسمى المدين منيبا ، والدائن منابا لديه ، والأجنبى منابا •

فاذا كان المدين المنيب قد اتفق مع دائنه المناب لديه ومع الأجنبى المناب أن يتجدد الدين الذى فى ذمته للدائن بدين جديد يكون فى ذمة الاجنبى المناب للدائن المناب لديه ، فان هذا يكون تجديدا بتغيير المدين (م ٣٦٠/١ مدنى) ، وقد سبق أن ذكرنا الفرق بين هذا التجديد وحوالة الدين •

أما اذا لم يتفق المتعاقدون على التجديد ، فان الالتزام الذى فى ذمة المدين المنيب للدائن المناب لديه يبقى كما هو ، ويضاف اليه التزام جديد ينشأ فى ذمه المناب للمناب لديه (م ٣٦٠ / ٢ مدنى) •

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٣ ـ دى باج ٣ فقرة ٣٧٢ •

(٢) أما فى تقنين الالتزامات السويسرى : فقد بقى التجديد ولكن بآثار محدودة ، ولم يخصص له هذا التقنين الا مادة واحدة هى المادة ١١٦ •

ونرى من ذلك الفرق ما بين الانابة فى الوفاء فى هذه الصورة الثانية وحوالة الدين • ففى حوالة الدين ينتقل الدين ذاته الى ذمة مدين آخر ، وفى الانابة فى الوفاء يبقى الدين القديم فى ذمة المدين الأصلى وينشأ الى جانبه دين جديد فى ذمة مدين آخر ، وهذا الدين الجديد مستقل عن الدين القديم فى مقوماته وخصائصه ، حتى أنه لايتأثر بدفوع الدين القديم (١)

٢٤٤ ــ حوالة الحق والوفاء مع الحلول : ويقرب الوفاء مع الحلول من حوالة الحق الى حد كبير • فالوفاء مع الحلول هو أيضا ، كالحوالة ، ينقل الالتزام من دائن الى دائن آخر يحل محله ، والالتزام الذى ينتقل هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه من ضمانات وصفات ودفوع •

ولكن الوفاء مع الحلول هو وفاء للدين يقوم به غير المدين ، فيحل من وفى الدين محل الدائن فى نفس الالتزام الذى وفاه • أما حوالة الحق فلا تتضمن معنى الوفاء ، بل معنى المضاربة اذا كانت بمقابل ، فان الدائن ينقل الالتزام الى دائن آخر فى مقابل مال يأخذه عوضا عن حقه ، فهو يبيع الحق لا يستوفيه • وتتضمن حوالة الحق معنى التبرع اذا كانت بغير مقابل ، فان الدائن ينقل الالتزام الى دائن آخر من غير عوض ، فهو يهب الحق لا يستوفيه • وعلى هذا الفرق الجوهرى تتركز الفروق الأخرى ما بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول ، من حيث قيام كل من الحوالة والحلول ، ومن حيث الآثار التى تترتب على كل منهما •

فمن حيث قيام الحوالة والحلول ، تقوم حوالة الحق على اتفاق مابين الدائن الأصلى والدائن الجديد يحول بموجبه الأول للثانى الحق الذى له ، وليس من الضرورى رضاء المدين بالحوالة ويكفى اعلانه بها لتكون نافذة فى حقه • أما الحلول فتارة يكون بحكم القانون اذا قام بالوفاء شخص غير المدين فى حالات معينة (أنظر المادة ٣٢٦ مدنى وسيأتى

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٤ ــ دى باج ٣ فقرة ٣٧٢ •

تفصيلها فى موضعه) ، وطورا يكون باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد يستوفى بموجبه الاول حقه من الثانى ويحله محله فيه (م ٣٢٧ مدنى) ، أو باتفاق بين المدين والدائن الجديد يقترض بموجبه الأول مالا من الثانى يوفى به الدين ويحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال المقترض قد خصص لوفـاء الدين وفى المخالصة أن وفاء الدين كان من هذا المال المقترض (م ٣٢٨ مدنى).

ومن حيث الآثار التى تترتب على كل من الحوالة والحلول ، يرجـع الدائن الجديد فى حوالة الحق على المدين بكل الحق ، لأنه يكون اما قـد اشتراه من الدائن القديم ، أو وهب له منه . أما فى الوفاء مع الحلول ، فلا يرجع الدائن الجديد اذا كان قد وفى الحق بأقل من قيمته الا بمقدار ما وفى وليس بكل الحق ، لأنه بعيد عن فكرة المضاربة ، فلا يأخـذ الا مقدار ما أعطى (١) .

وسنعود ببيان أوفى الى المقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالـة الحق (٢) . وننتقل الآن ، بعد هذه المقارنات العاجلة ، الى تفصيل أحكام الحوالة ، بادئين بحوالة الحق ، ونعقبها بحوالة الدين .

---

(١) فى كل ذلك دى باج ٣ فقرة ٢٧٧ .
(٢) انظر ما يلى فقرة ٤٠٦ — فقرة ٤٠٩ .

البـــــاب الاول

حـــــوالة الحـــق (*)

(Cession de creance)

٢٤٥ ــ أطراف حوالة الحق : فى حوالة الحق ، يتفق الدائن مـــع أجنبى على أن يحول له حقه الذى فى ذمة المدين ، فيحل الأجنبى محـــل الدائن فى هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه كما قدمنا .

ويسمى الدائن محيلا (cédant) لأنه يحيل الاجنبى بالحق الذى له على المدين .

ويسمى الاجنبى وهو الدائن الجديد محالا له (cessionnaire) لأن الدائن أحاله بحقه .

ويسمى المدين محالا عليه (cédé) ، لان الدائن الاصلى أحال عليه الدائن الجديد .

(*) **مراجع :** أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وفقرة ٣٥٩ مكررة ـ بودرى وسينيا فقرة ٧٤٨ وما بعدها ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقـــرة ١١٠٥ وما بعدها ـ بيدان ودى لاجريسيه ١١ فقرة ٣٥٢ وما بعدها ـ دى باج ٣ فقرة ٣٧١ وما بعدها ـ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٠٨ وفقرة ١٣١٠ وفقرة ١٦٩٦ ـ فقرة ١٧٤٠ ـ كولان وكابيتان ودى لاموراندييير ٢ فقرة ٦٢٢ ـ فقرة ٦٤١ ـ جوسران ٢ فقرة ٨٠٢ ـ فقرة ٨٢٦ ـ كامبيون (Campion) فى علم الغير بحوالة الحق غير المعلنة رسالة من ليل سنة ١٩٠٩ ـ لاب (Lapp) بحث فى حوالة العقد الملزم للجانبين الى خلف خاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٥٠ انسيكلوبيدى داللوز (Cessian de Gréance) الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ـ الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤١ ـ ص ٢٦٧ ـ الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٣١١ ـــ ٣٢٢ . الموجز للمؤلف ص ٥٢٧ ـ ٥٤٨ ـــ الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٣٩ ـ ص ٥٦٠ .

٢٤٦ - **الأغراض المختلفة لحوالة الحق** : وحـوالة الحـق ، وان كانت صورتها واحدة لا تتغير ، متنوعة الأغراض والمقاصد • فقد يقصد الدائن أن يبيع حقه من المحال له الدائن الجديد ، وقد يقصد أن يهبه اياه ، أو يرهنه عنده ، أو يوفى به دينا عليه لهذا الدائن الجديد فتكـون الحوالة وفاء بمقابل لهذا الدين • والعبرة بالارادة الحقيقية للمحيـل والمحال له ، والتعرف على هذه الارادة مسألة واقع تقـدرها محكمـة الموضوع دون تعقيب عليها من محكمة النقض (١) •

قد يقصد المحيل أن يبيع حقه من المحال له ، وعند ذلك يتقاضى ثمنا لهذا الحق ، ويكون عليه ضمان البائع • وفائدته من ذلك أن يكـون فى حاجة عاجلة الى المال ، فيحصل عليه من المحال له ثمنا لحقه الـذى لم يحل أجله • وقد يكون الحق قد حل أجله ، ولكن قامت صعوبات عملية أمام المحيل للحصول على حقه من مدينه ، فيحول هذا الحق للمحال له ويكون هذا عادة أقدر على تقاضى الحق من المدين • أما فائدة المحال له من شراء الحق فهو ما يجنيه من الكسب ، اذ هـو لابد فى تقدير الثمن مستنزل فى القليل فوائد الحق الى يوم حلوله ، وقد يستنزل مقدارا أكبر اذا قدر أن هناك صعوبات عملية فى الحصول على الحق من المدين وأنـه سيتجشم جهدا ومالا ووقتا قبل أن يصـل الحق اليه • فالمحال له يكون عادة فى حالة البيع مدفوعا بفكرة المضاربة (spéculation) ، يستهدف بعض المخاطر سعيا وراء الربح والكسب •

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص ٤٨٥ - أنسيكلوبيدى داللوز Cession de Créance فقـرة ٧ وفقرة ١٢ - وقـد قضـت محـكمة النقض بأنه اذا كانت الحوالة بالحق حاصلة بقصد الوفاء للمحتال ، فانها تنقل اليه الملكية فى الدين ، ويكون للمحتال أن يباشر بموجبها التنفيذ ••• ومتى استخلصت المحكمة استخلاصا سـائغا مـن أوراق الدعوى وظروفها أن المقصود من الحوالة انما كان استيفاء المحتال حقا له قبل المحيل من الدين بطريق التنفيذ بمقتضى عقد الحوالة الرسمى الذى أحله محل الدائن فى كل ماله من حقوق قبل المدين ، فان المجادلة فى ذلك لاتكون الا مجادلة موضوعية (نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٩ ص ٢١٧) •

وأيا كان الغرض من الحوالة ، فهناك قواعد عامة تنطبق على كل حوالة -

وقد يقصد المحيل أن يهب الحق له ، وتختلف هذه الحالة عن سابقتها كل الاختلاف . فالمحيل مسوق بنية التبرع ، لم تدفعه حاجة الى المال ، ولم يحفزه على النزول عن حقه صعوبات فى الحصول عليه . وكذلك لا يكون المحال مطويا على فكرة المضاربة ، فهو يتلقى تبرعا لا يدفع فيه ثمنا .

= بيعا كانت أو هبة أو رهنا او وفاء بمقابل او غير ذلك ، كاتفاق المحيل مع المحال له على الحوالة وكيف تصير الحوالة نافذة فى حق المحل عليه وفى حق الغير . ثم ينفرد بعد ذلك كل عقد بالقواعد الخاصة به ، فالبيع يقتضى الثمن والضمان والهبة تقتضى نية التبرع ، والوفاء بمقابل يقتضى وجود دين فى ذمة المحيل للمحال له يوفيه بالحوالة ، والرهن يقتضى ايضا وجود دين فى ذمة المحيل للمحال له يرهن فيه المحيل حقه عن طريق الحوالة . والاهلية اللازمة للحوالة هى الاهلية اللازمة للعقد الذى تنطوى عليه فقد تكون أهلية التصرف أو أهلية التبرع بحسب الأحوال (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص ٤٨٥ - الاستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٧) .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « واذا كان الغالب فى هذه الحوالة أن تتم فى مقابل مبلغ من المال يؤدى بوصفة ثمنا ، وأن تتوافر فيه مقومات البيع من هذا الوجه ، الا أنها قد تنعقد أحيانا للاعتياض فتكون وفاء بمقابل ، وقد ينتفى فيها المقابل فتكون هبة . وقد يقع أن يقصد منها الى مجرد انشاء تأمين خاص ، وفى هذه الحالة تنشىء للمحال رهنا ، ولا يترتب عليها نقل الملك فى الحق المحال به . ومرجع الحكم فى كل أولئك هو نية المتعاقدين . ويتفرع على هذا أن تعيين القواعد الواجب تطبيقها فى هذا الشأن يناط بطبيعة التصرف الذى يزمع عقده . واذا كان من بين هذه القواعد ما يتعين تطبيقه فى جميع الأحوال دون تفريق ، كما هو الشأن فيما يتعلق بالاجراءات الخاصة بنفاذ الحوالة فى حق الغير ، فثمة قواعد اخرى يختلف حظها من التطبيق تبعا لطبيعة المقصود ، ومن ذلك مثلا قواعد الضمان . وغنى عن البيان أن الطائفة الاولى من تلك القواعد ترتفع عن الخصوصيات على نحو يؤهلها لأن تشغل مكانا طبيعيا فى نطاق النظرية العامة للالتزام . ولهذه العلة اقتصر المشروع فى هذا المقام على الوقوف لدى الاحكام الخاصة بانتقال الالتزام فى ذاته (انظر المادة ٤١٣ من التقنين الألمانى والمادة ١٠٧٨ من التقنين البرازيلى) دون أن يعتد فى ذلك بسبب الانتقال أو ترتيب الحق ، بيعا كان أو هبة أو مقايضة أو شركة أو رهنا » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٩ - ص ١١٠) .

وقد يقصد المحيل أن يرهن الحق عند المحال له [١] ، فقد يكون فى حاجة الى المال وحقه فى ذمة مدينه لم يحل أجله ولا يريد بيعه ، فيعمد الى اقتراض حاجته من المحال له راهنا عنده حقه . فاذا حل أجل القرض : فأما أن يكون لمحيل مستطيعا رده للمحال له فيفك الرهن عن حقه المرهون [٢] ، واما ألا يكون مستطيعا رد القرض فينفذ المحال له على الحق المرهون وفقا للأحكام المقررة فى رهن الدين [٣] (م ١١٢٣ – ١١٢٩ مدنى) . بل تجوز حوالة حق واحد مرتين ، الأولى على سبيل الرهن والأخرى على سبيل البيع ، فيكون حق المحال له المشترى فى الحوالة الثانية خاضعا لحق المحال له المرتهن فى الحوالة الأولى [٤] .

وقد يكون على المحيل للمحال له دين سابق أو لاحق للحق الذى له فى ذمة مدينه ، ويحل أجل هذا الدين . فلا يجد المحيل أمامه طريقا للوفاء بدينه للمحال له خيرا من أن ينزل له عن حقه فى مقابل هذا الدين ، ويرضى المحال له بالحوالة ، فيكون قد استوفى حقه فى ذمة المحيل بحق المحيل فى ذمة المحال عليه . وهذا هو الوفاء بمقابل [٥] .

---

(١) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٦٤ ص ٥٤٤ _ استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٩ _ ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١١٢ .

(٣) وعلى المحال له المرتهن أن يجدد قيد الرهن الضامن للحق محل الحوالة حتى قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير (استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨) . أما اذا استوفى المحال له حقه الذى ارتهن فيه الحق محل الحوالة ، فالتزام تجديد القيد يقع على المحيل بعد ذلك (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٠) . ويعود للمحيل بوجه عام الصفة الكاملة فى أن يتخذ أى اجراء بشأن الحق (استئناف مختلط نفس الحكم السابق) . وللمحال له المرتهن أن يستوفى كل الحق محل الحوالة ولو زاد على حقه المضمون بالرهن ، ثم يرد الزيادة الى المحيل الراهن (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١) . ولا يجوز للمحال له المرتهن أن يحول الحق محل الحوالة الى محال له ثان بأقل من قيمته دون رضاء المحيل الراهن (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠) .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٣ .

(٥) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٢٧ — ١٥ مايو =

٢٤٧ ــ أركان حوالة الحق والآثار التى تترتب عليها : ونبحث فى حوالة الحق فى فصلين متعاقبين : (أولا) أركـان الحوالة ــ (ثانيا) الآثار التى تترتب عليها .

= سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣٦ ــ أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٨ ــ ٢٧ ابريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٨٩ .

هذا وقد يقصد بالحوالة اغراض اخرى : فقد تكون الحوالة مقايضة ، فيحول المحال له الى المحيل حقا فى مقابل الحق الذى حول له (هيك ١ فقرة ٢٦٦) . وقد تكون الحوالة قرضا ، فيقبض المحال له الحق من المحال عليه على أن يرد مثله الى المحال له فى الأجل المضروب . وقد تكون الحوالة شركة ، فيدفع المحيل حصته فى الشركة الحق الذى حوله لها . وقد تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل ، فيكون المحال له وكيلا عن المحيل فى تحصيل الحق محل الحوالة ، وتقديم حساب عنه للمحيل (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥) . فاذا كان سند الدين محررا لأمر واذن الدائن ، وحوله هذا تحويلا لم يذكر فيه تاريخه ولا أن القيمة وصلت ، وكان تحويلا ناقصا لا يوجب انتقال الملكية للمحال له ، بل يعتبر توكيلا فى قبض السند عملا بالمادة ١٣٥ تجارى فيجوز أن توجه للمحال له جميع الدفوع التى يجوز التمسك بها قبل المحيل : استئناف وطنى ٨ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٢٥ ص ٢٩٣ ــ ٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٨ ص ٧٨ ــ ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٦٧ ص ١٢٣ ــ طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٧٧ ص ٣٥٢ ــ مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ٥١ ص ١٠٦ العطارين ٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٦ ــ وقضى بأن اشتراط ذكر عبارة « القيمة وصلت » فى التحويل ليكون تاما انما محله السندات التجارية : بنى مزار ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٨ ص ٥١٢ . واذا اعتبر التحويل الحاصل من الدائن توكيلا فقط لعدم النص على وصول القيمة ، فان هذا لا يمنع المحال له من رفع الدعوى باسمه الشخصى على المحال عليه وتقاضى الدين باسمه خاصة ، وكل ما للمدين فى هذه الحالة هو أن يدفع قبل المحال له بالدفوع التى له قبل المحيل (طنطا ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٩٣ ص ١٨٢) .

وعدم ذكر ثمن للحوالة لا يجعلها باطلة فقد تكون هبة أو رهنا أو وفاء بمقابل أو غير ذلك ، ويعتبر فى أقل تقدير وكالة بالقبض ليحصل الحق محل الحوالة (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٣ ــ ١٤ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ ــ ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٦ ــ ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) . ولكن اذا كانت الحوالة ضمانا لاعتماد يفتح فى صرف ، وجب أن يذكر مقدار هذا الاعتماد حتى تكون الحوالة صحيحة ، لان المحال له ليس له فى الحوالة الا هذا المقدار (استئناف مختلط ١٠

الفصـــل الأول

أركـــان حـــوالة الحق

٢٤٨ — أركان حوالة الحق هي أركان الاتفاق بوجه عام : حوالة الحق هي ، كما قدمنا ، اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حـق المحيل الذى فى ذمة المحال عليه الى المحال له • فأركان هذه الحوالة هى أركان أى اتفاق • (convention) يتم بين طرفين ، واركان الاتفاق هى نفس اركان العقد •

ومن ثم تكون أركان حوالة الحق هى التراضى والمحل والسبب • ولابد أن يصدر الرضاء من ذى أهلية له حسب العقد الذى تنطوى عليه الحواله من بيع أو هبة أو رهن أو وفاء بمقابل أو غير ذلك ، وأن يكون خاليا من عيوب الارادة من غلط وتدليس واكراه واستغلال (١) • كذلك يجب أن تتوافر فى المحل شرائطه العامة ، ومحل حوالة الحق هو الحق الذى فى ذمة المحال عليه للمحيل ، وهناك شرائط خاصة بهذا المحل هى التى سنعرض لها هنا • والسبب فى الحوالة هـو الباعث الذى دمـع المحيل والمحـال له الى ابرامها ، أى الباعث الذى دفعهما الى البيع أو الهبه أو الرهن أو الوفاء بمقابل أو غير ذلك من الاغراض المختلفه التى تحققها الحوالة (٢) •

ونحيل فى كل ما قدمناه على القواعد العامة التى سبق بسطها فيما يتعلق بالعقد ، فحوالة الحق ليست الا عقدا أو اتفاقا (٣) • ونكتفى هنا ببحث مسالتين :

---

(١) ويعتبر غلطا جوهريا ان يكون الرهن الضامن للحق المحال بـه قد سقط دون ان يعلم المحال بسقوطه (استئناف مختلط ٧ ابريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣) • ويعتبر تدليسا الا يطلع المحـامى موكله عـلى المركز الصحيح لحقه فى قائمة التوزيع ، ليحمله بذلك على ان يحول له هذا الحق (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٣) •

(٢) وتعتبر الحوالة فى القوانين الجرمانية مصدرا لالتزام مجرد •

(٣) والحوالة اتفاق لأنها تنقل الالتزام ، ولا تنشئه كالعقد • على =

١ ـ محل الحوالة ، وذلك لبحث الشرائط الخاصة بحوالة الحق التى سبقت الاشارة اليها ، ٢ ـ التراضى ، وذلك لتعدد أطراف الحوالة فنرى ممن يصدر التراضى ، ومتى تنعقد الحوالة ، ومتى تنفذ فى حق المحال عليه وفى حق الغير • ـ

الفرع الاول

محل حوالة الحق

٢٤٦ ـ النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر ، الا اذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام • وتتم الحوالة دون حاجة الى رضاء المدين » •

وتنص المادة ٣٠٤ على ما يأتى :

« لا تجوز حوالة الحق الا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز (١) •

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٩/١و٢ وطنى والمادة ٤٣٥ مختلط (٢) •

= انه لا توجد اهمية عملية فى التمييز ما بين الاتفاق والعقد • وسنعود الى هذه المسألة : انظر ما يلى فقرة ٢٦٣ •

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٣ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٥ فى المشروع النهائى • ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١١ وص ١١٤) •

م ٣٠٤ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض اختلاف لفظى طفيف ، عدل فى لجنة المراجعة ، واصبح رقم النص ٣١٦ فى المشروع النهائى • ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٤ ـ ص ١١٥) •

(٢) التقنين المدنى السابق : م ٣٤٩/١و٢ وطنى (دكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) : لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحا =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٠٣ — ٣٠٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٩٠ — ٢٩١ ، التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٦٢ و٣٦٤ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٨٠ — ٢٨١ ، وفى القانون المدنى الكويتى المادتين ٣٦٤ — ٣٦٥ (١) .

ويتبين من النصوص المتقدمة أن حوالة الحق محلها حق الدائن ، فهذا الحق الشخصى هو الذى ينتقل بالحوالة من الدائن الأصلى الى الدائن الجديد .

والأصل أن كل حق شخصى قابل للحوالة ، ومع ذلك لا يكون قابلا لها فى بعض حالات استثنائية . فنستعرض الأصل ، ثم نورد الاستثناءات .

= الا اذا رضى المدين بذلك بموجب كتابة . فان لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع ، لا تقبل أوجه عليه غير اليمين .

م ٤٣٥ مختلط : تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع الى المشترى بمجرد تراضيهما .

وسنعلق فى مكان اخر على نصوص التقنين المدنى السابق فيما يتعلق برضاء المدين .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٠٣ — ٣٠٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ — ٣٠٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٢٩٠ — ٢٩١ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ — ٣٠٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٦٢ و ٣٦٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ — ٣٠٤ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٢٨٠ : يجوز للدائن أن يتفرغ لشخص اخر عن دين له ، الا اذا كان هذا التفرغ ممنوعا بمقتضى القانون أو بمقتضى مشيئة المتعاقدين أو لكون الموجب شخصيا محضا وموضوعا بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التغيير .

م ٢٨١ : ويجوز التفرغ عن حقوق معلقة بظرف ما وان تكن استقبالية محضة . ويصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس فى شأنه ، بشرط أن يرضى المديون الذى تفرغ الدائن عن دينه . وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لاحكام المادة الثالثة من القانون الصادر فى ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ . على أنه لا يمكن التملص من المتفرغ =

١ ـ الأصل العام ـ الحق الشخصى قابل للحوالة

٢٥٠ ـ كل حق شخصى قابل فى الاصل للحوالة : الحق الشخصى créance أيا كان محله ، قابل فى الأصل للحوالة به من دائنه الأصلى الى دائن جديد .

ويغلب فى حوالة الحق أن يكون محل هذا الحق مبلغا من النقود . ولكن يجوز أن يكون محل الحق أشياء مثلية غير النقود (١) . بل ويجوز أن يكون محل الحق عينا معينة بالذات ، بشرط أن يكون الحق شخصيا لا عينيا (٢) . مثل ذلك الوعد ببيع دار ، يجعل للموعود له حقا شخصيا قبل الواعد متعلقا بهذه الدار ، فيجوز للموعود له أن ينزل عن هذا الحق لشخص آخر (٣) .

= له حين يكون لديه سبب مشروع فى احرازه الحقوق المتنازع عليها ، كان يكون وارثا مع المتفرع أو شريكا له فى ملك أو دائنا له .

وهذه الاحكام تتفق مع احكام التقنين المدنى المصرى ، وفيما يتعلق ببيع الحقوق المتنازع عليها الذى وردت أحكامه فى الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ لبنانى انظر المادتين ٤٦٩ ـ ٤٧٠ مصرى ، وهى مسألة تخرج عن نطاق البحث . انظر فى التقنين اللبنانى الدكتور صبحى الحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ١٩ ـ ص ٢٥ .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٦٤ ـ ٣٦٥ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ ـ ٣٠٤ من التقنين المدنى المصرى) .

(١) وذلك كسند تعهد موقعه بموجبه أن يورد قطنا لشونة الدائن فيجوز للدائن حوالة هذا السند (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٢٠) .

(٢) أما التنازل عن الحقوق العينية فتخضع لاجراءات الشهر والتسجيل اذا كانت عقارية ، لا لأجراءات الحوالة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٣٠٩ وهامش رقم ١٢ ـ بودرى وسينيا فقرة ٧٥٥ ـ دى باج ٣ فقرة ٣٨١) .

(٣) انسيكلوبيدى دالوز Cession de créance فقرة ٥٩ وما بعدها والمشترى لمحصول مستقبل دائن قبل ظهور المحصول ، فاذا نزل عن حقه الشخصى اتبعت قواعد حوالة الحق . أما بعد ظهور المحصول ، فان حق المشترى يصبح حقا عينيا ، اذ تنتقل ملكية المحصول للمشترى ولو قبل أن يتسلمه ، فاذا نزل عن حقه لشخص اخر اتبعت اجراءات نقل الحقوق العينية لا اجراءات الحوالة (قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٤٨٩ هامش رقم ٣) .

=

كذلك يجـوز أن يكون محل الحق عملا أو امتناعا عـن عمل (١) • فيجـوز للمستأجر ، وهـو دائن للمؤجر بتمكينه مـن الانتفاع بالعين المؤجرة ، أن ينزل عن حقه الى شخص آخر ، وهـذا هـو التنازل عن الايجار نظمه التقنين المدنى فى المواد ٥٩٣ ـ ٥٩٥ و ٥٩٧ (٢) • ويجوز لمشترى المتجر ، اذا اشترط على بائعه عدم المنافسة وهذا التزام بامتناع عن عمل ، أن ينزل عن المتجر الذى اشتراه لشخص آخر ، ويعتبر أنه قد نزل له فى الوقت ذاته عن حقه الشخصى قبل البائع بعدم المنافسة • واذا اشترط مالك العقار على جاره قيودا فى البناء ، كمنعه من مجاوزة حـد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، وكانت القيـود حقـوقا شخصية ، وليست حقوق ارتفاق وفقا للمادة ١٠١٨ مدنى ، فان هـذه القيود تكون التزامات بالامتناع عن عمل ، ويجوز لمالك العقار عند نزوله

ـ ويجوز فى البيع غير المسجل لعقار معين بالذات أن يحول المشترى حقه الشخصى وفقا لاجراءات الحوالة لا لاجراءات التسجيل ، لان البيع غير المسجل يقتصر على انشاء حقوق شخصية ، فتكون قابلة للحـوالة (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكـام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤) •

(١) لوران ٢٤ فقرة ٤٨٠ ـ هيك ١ فقرة ٣١٢ ـ جيللوار ٢ فقرة ٧٦٢ ـ بودرى وسينيا فقرة ٧٥٤ ـ بلانيـول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٢ ـ عكس ذلك أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٥٩ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان التنازل عن الايجار يتضمن حوالة فى الحقوق وحوالة فى الديون فان حقوق المستاجر والتزاماته تؤول الى المتنازل اليه ، ومن ثم يثبت لهذا الاخير الحق فى الرجوع بدعوى مباشرة على المؤجر بكل ما كان للمستاجر من حقوق فى الاجارة التى حصل لهالتنازل عنها : نقض مدنى فى ٣ مارس ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ١١٢ ص ٥٥٦ ـ كما قضت محكمة النقض بأن التنازل عن الايجار المنصوص عليه فى المادة ٥٩٣ من القانون المدنى ، حوالة حق بالنسبة لحقوق المستاجر وحوالة دين لالتزاماته ، وتنتقل بمقتضاه الى المتنازل له عن الايجار بحوالة الحق حقوق المستاجر الأصلى قبل المؤجر ، وتنتقل اليه بحوالة الدين التزامات الاول نحو الثانى ، وتنشأ علاقة مباشرة بين المؤجر والمتنازل له عن الايجار ، فيلتزم هذا الاخير نحو المؤجر بنفس الالتزامات التى كان المستاجر الاصلى المحيل يلتزم بها : نقض مدنى فى ٦ يونيه ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد الثانى رقم ٢٩١ ص ٥٦٤ •

أما الايجار من الباطن فهو ايجار المستاجر لحقه لا نزوله عن هـذا الحق ، فيختلف عن التنازل عن الايجار (انظر دى باج ٣ فقرة ٣٨٢) •

عن عقاره لشخص آخر أن ينزل له عنها مع العقار ، بل هى تنتقل حتما معه وفقا لقواعد الخلافة الخاصة (م ١٤٦ مدنى) (١) .

ويستوى كذلك ، فى القابلية للحوالة ، أن يكون الحق مدنيا أو تجاريا ، أو أن يكون الحق مدونا فى سند مكتوب — حكم قضائى أو سند رسمى أو سند غير رسمى — أو غير مدون أصلا ، فتجوز حوالة الحقوق التى لا دليل عليها الا البينة أو القرينة . وكذلك تجوز حوالة الأوراق التجارية من كمبيالات وسندات وشيكات وحدالة الأسهم والسندات ، وان كانت الحوالة فى هذه الأوراق لها اجراءات خاصة كما سنرى .

ويستوى أخيرا ، فى القابلية الحوالة ، أن يكون الحق منجزا أو معلقا على شرط (٢) أو مقترنا بأجل ، بل ان أكثر ما ترد الحوالة عليه هى الحقوق المؤجلة (٣) .

٢٥١ — الحقوق المستقبلة : وكما تجوز حوالة الحق المؤجل والحق المعلق على شرط ، كذلك تجوز حوالة الحق المستقبل (٤) . والفرق بين

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من المقرر انه اذا بيعت العين المؤجرة وحول المالك البائع عقد ايجارها الى المشترى كان ذلك كافيا لتحويل الاخير حق رفع دعوى الاخلاء باسمه على المستاجر بسبب التأجير من الباطن ، ذلك انه اذا كانت الحوالة نافذة فى حق المدين لاعلانه بها ، فانه للمحال له ان يقاضيه فى شان الحقوق المحال بها دون حاجة الى اختصام المحيل لان الحق المحال به ينتقل الى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده : نقض مدنى فى ٧ ابريل ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الثانى رقم ١٩٣ ص ٤٠ .

(٢) فيجوز للسمسار أن ينزل عن حقه فى السمسرة اذا ماتمت الصفقة التى توجب له هذا الحق ، فهو فى هذه الحالة ينزل عن حق معلق على شرط (انسيكلوبيدى دللوز ١ (cession de créance) فقرة ٥١) .

(٣) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ .

وقد قضت محكمة النقض بان الاصل طبقا لما تقضى به المادة ٣٠٣ من القانون المدنى ان الحق الشخصى ايا كان محله قابل للحوالة الا اذا حال دون ذلك نص القانون اذا اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام ، يستوى فى ذلك ان يكون الحق منجزا أو معلقا على شرط او مقترنا باجل أو ان يكون حقا مستقبلا نقض مدنى فى ٢٢ مارس ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٣ ص ٧٣٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الاصل طبقا لما تقضى به المادة ٣٠٣ من القانون المدنى أن الحق الشخصى ايا كان محله قابل للحوالة الا اذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، يستوى فى ذلك أن =

الحق المستقبل (cession de créance) والحق الشرطى (créance conditionelle) عند الكلام فى الشرط ، أن الحق الشرطى له وجود قانونى فى الحال ، وان كان هذا الوجود غير بات وغير كامل ، فاذا ما تحقق الشرط أصبح الوجود باتا كاملا وبأثر رجعى من وقت نشوء الحق • وأما الحق المستقبل أو الحق الاحتمالى فليس له وجود قانونى فى الحال ، وانما هو حق يحتمل وجوده فى المستقبل ، واذا وجد فليس لوجوده أثر رجعى ، بل يوجد من وقت تحقق الواقعة التى أنشأته (١) • وقد قدمنا أن الشرط فى الحق الشرطى أمر عارض ، وهو وصف يدخل على الحق بعد تمامه وبعد أن تتكامل عناصره • أما الحق الاحتمالى فالواقعة التى تحقق وجوده

= يكون الحق منجزا أو معلقا على شرط أو مقترنا بأجل أو أن يكون حقا مستقبلا : نقض مدنى فى ٢٢ مارس ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٣ ص ٧٣٢

وقد نصت الفقرة الاولى من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على هذا الحكم فقضت بانه « يجوز التفرغ عن حقوق معلقة بظرف ما ، وان تكن استقبالية محضة » • والنص الفرنسى للعبارة الاخيرة هو مايأتى :
(quand bien même ils seraient purement éventuels)

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كان الثابت أن الطاعنة ــ وهى شركة تأمين ــ اقامت هذه الدعوى طالبة الزام المطعون عليها الاولى ــ بوصفها مسئول عن الضرر المؤمن منه ـ بما دفعته الشركة المستأمنه ، واستندت فى مطالبتها الى شرط الحلول الوارد فى وثيقة التأمين ، واذ كان هذا الشرط فى حقيقته حوالة حق احتمالى مشروطة بتحقق الخطر المؤمن منه ، فانه يكون خاضعا لاحكام حوالة الحق فى القانون المدنى وهى تستوجب لانعقاد الحوالة رضاء المدين ، وترتب عليها ـ بالنسبة للحقوق الشخصية ـ انتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له بمجرد انعقاد العقد . ولما كانت الحوالة الثابتة فى وثيقة التأمين قد تمت باتفاق طرفيها عليها ، وكان الخطر المؤمن منه وهو حصول عجز وتلف وعوار فى الرسالة المؤمن عليها قد وقع فعلا ، فقد زال عن الحق المحال صفته الاحتمالية واضحى وجوده محققا وانتقل من ثم الى شركة التأمين الطاعنه ، واذ كان مؤدى ما سلف أن الحق فى الرجوع على المسئول عن الضرر قد انتقل الى الطاعنه بمقتضى الحوالة الثابته فى وثيقة التأمين ، وكان انتقال هذا الحق غير معلق على الوفاء بالتعويض ، فان الدعوى تكون قد اقيمت من ذى صفة ، ويكون الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر وانتهى الى ان الطاعنة حين رفعت دعواها لم يكن لها ثمة حق فى رفعها بسبب وفائها اللاحق بالتعويض ، يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ١٢ مايو ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ١٣٩ ص ٨٥٩ •

هى عنصر جوهرى فيه ، وليست أمرا عارضا كالشرط . فالموصى له قبل موت الموصى حقه مستقبل احتمالى ، والشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه حقه كذلك مستقبل احتمالى (١) .

ومن ثم كان تصور حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالى أصعب من تصور حوالة الحق الشرطى . ومن ثم أيضا ذهب القضاء الفرنسى ، فى بعض أحكامه ، الى وجوب أن تتحقق عناصر الحق الاحتمالى ولو تحققا جزئيا ، حتى يكون هذا الحق قابلا للحوالة (٢) .

ولكن الفقه الفرنسى بوجه عام ، ومعه كثير من أحكام القضاء فى فرنسا ، ذهب الى جواز حوالة الحق الاحتمالى حتى قبل أن يتحقق أى عنصر من عناصره (٣) . وهذا هو الرأى الصحيح ، فان التعامل فى

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٦ .

وقد قضت محكمة النقض بانه لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه ان الاتفاق تضمن تنازل الطاعنة للمطعون عليه عن طلب حجز السيارة وعن السيارة ذاتها وان المطعون عليه يصبح مالكا لها عند استلامها من الشركة ، فان الاتفاق على هذه الصورة حوالة حق وبمقتضاه ينتقل الحق المحال به من الطاعنة الى المطعون عليه بمجرد انعقاد الحوالة دون نظر الى نفاذها فى حق الشركة المنتجة وهى المحال عليها ، لا يغير من ذلك ان الحق فى شراء السيارة لما يوجد بعد عند ابرام الاتفاق اذ انه معلق على شرط قبول الشركة المنتجة لطلب الحجز لانه تجوز حوالة الحق المعلق على شرط والحق المستقبل : نقض مدنى فى ٢٢ مارس ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٣ ص ٧٣٢ .

(٢) فلا يجوز للمؤلف أن ينزل عن حقوقه قبل الناشر الا بعد امضاء عقد النشر ، ولا يجوز للمقاول أن ينزل عن حقه قبل صاحب العمل الا بعد ابرام الصفقة معه (محكمة النقض الفرنسية ٧ أغسطس سنة ١٨٤٣ سيريه ٤٣ ـ ١ ـ ٧٧٥) .

وانظر بودرى سينيا فقرة ٧٦٠ ـ فقرة ٧٦٢ ـ انسيكلوبيدى داللوز ١ cession de créanec فقرة ٧٠ ـ فقرة ٧٧ .

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ص١٣٣ ـ هيك ١ فقرة ١٥٩ وفقرة ١٧٥ ـ جيللوار ٢ فقرة ٧٥ ـ ديموج فى مقال له فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٥ وسنة ١٩٠٦ ـ قال فى تعليق له فى سيريه ١٨٩٦ ـ ٢ ـ ١٨٥ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٤ ص ٤٩٣ ـ ص ٤٩٤ ـ محكمة النقض الفرنسية ١٧ مارس سنة ١٨٩١ سنة ٩٥ ـ ١ ـ ٤٤٤ ـ ٢٩ يونية سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ ـ ١ ـ ٤٦٣ ـ ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ ـ ٦٠٥ .

الأشياء المستقبلة جائز . والحوالة ليست الا ضربا من ضروب التعامل ، فتجوز تأسيسا على ذلك حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالى .

ويؤيد هذا الرأى فى التقنين المدنى المصرى نصان : (أولهما) المادة ٩٤٨ وتنص على أن « يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة ... اذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع » . فهنا النزول — وان كان اسقاطا لا حوالة — يرد على حق احتمالى . (والنص الثانى) المادة ١٠٤٠ وتقضى بأنه « يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى » . فهنا أيضا للحق الاحتمالى كيان يسمح بأن يترتب له ضمان ، فيصح اذن أن يكون محلا للتعامل (١) .

وقد ذهب القضاء فى مصر الى جواز أن يحول مالك العقار مقدما الريع الذى ينتجه عقاره فى المستقبل . وتكون هذه الحوالة سارية حتى فى حق الدائنين المقيدين قبل الحوالة (٢) . وذهب أيضا الى جواز أن يحول المقاول الى أحد المصارف الأجرة التى ستستحق له فى نظير الأعمال التى سيعهد بها اليه صاحب العمل . وذلك ضمانا لحساب جار يفتحه له المصرف (٣) .

٢٥٢ — حوالة الحقوق الناشئة من عقود ملزمة للجانبين : فى العقد الملزم للجانبين يكون كل متعاقد دائنا ومدينا فى وقت واحد . ففى عقد

---

(١) انظر فى هذا المعنى الاستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٨ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٧ — أما الموصى له فلا يجوز أن يتصرف فى الوصية قبل موت الموصى ، لجواز رجوع الموصى فى الوصية ؛ ولان هذا تعامل فى تركة مستقبلة لم يجزه القانون كما أجاز الوصية .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٧ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٥ — ويجب اعلان هذه الحوالة لصاحب العمل حتى تنفذ فى حقه ، ولا يكفى اعلانها لوكيل عنه تقتصر وكالته على رقابة العمل ودفع الاقساط للمقاول (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٠٣) .

الايجار مثلا ، المستأجر دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، ومدين له بالأجرة . وفى عقد التوريد ، المورد دائن بالثمن ، ومدين بتوريد ما تعهد بتوريده . وفى عقد المقاولة ، المقاول دائن بالأجرة ومدين بالعمل . وفى عقد التأمين ، المؤمن له دائن بمبلغ التأمين ، ومدين بالأقساط . وهكذا . فهل يجوز لهؤلاء الدائنين المدينين أن يحولوا لغيرهم ما لهم من حقوق ، مع استبقاء ما فى ذمتهم من التزامات ؟ .

لاشك فى أنه يجوز لهم ، فى التقنين المدنى الجديد ، بفضل حوالة الحق وحوالة الدين معا ، أن يحولوا العقد كله للغير ، فيحولوا حقوقهم وفقا لأحكام حوالة الحق ، ويحولوا ديونهم وفقا لأحكام حوالة الدين (١) .

ولكن هل يجوز لدائن من هؤلاء أن يقتصر على حوالة حقه مع استبقاء الدين فى ذمته ؟ وهل يجوز للمستأجر أن يحول حقه بالنسبة الى العين المؤجرة ، مع استبقاء الأجرة فى ذمته ؟ وهل يجوز للمورد أن يحول حقه فى الثمن ، مع بقائه ملتزما بالتوريد ؟ وهل يجوز للمقاول

---

(١) وهذا ما يسميه الفقه الحديث فى الوقت الحاضر بحوالة العقد ، وحوالة العقد ليست الا حوالة مجموع الحقوق والالتزامات الناشئة من هذا العقد (انظر حوالة العقد لاب (Lopp) فى حوالة العقد الملزم للجانبين لخلف خاص رسالة من ستراسبوج سنة ١٩٥٠ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة ـ وانظر الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص ٤٢ ـ الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٥ ـ وانظر فى التقنين المدنى الايطالى الجديد المواد ١٤٠٦ ـ ١٤١٠) .

وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع غير المسجل يولد حقوقا والتزامات شخصية بين البائع والمشترى فيجوز للمشترى أن يحيل لآخر ماله من حقوق شخصية قبل البائع : نقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٤ ص ٣٥٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل عن الايجار يتضمن حوالة بالنسبة الى حقوق المستأجر وحوالة دين بالنسبة لالتزاماته ، فانه لذلك يجب خضوعه من حيث صحته ونفاذه للقواعد العامة التى تحكم هذين التصرفين فلا ينفذ التنازل عن الايجار كحوالة حق فى حق المؤجر الا من وقت اعلانه بالتنازل او قبوله له ـ م ٣٠٥ مدنى ـ وينفذ كحوالة دين فى حق الدائن الا اذا اقرها : نقض مدنى فى ٢ يناير ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٩ ص ٦١ .

أن يحول حقه فى الأجرة ، مع بقائه ملتزما بالعمل ؟ وهل يجوز للمؤمن له أن يحول حقه فى مبلغ التأمين ، مع بقائه ملتزما بدفع الأقساط ؟ .

فى التقنينات التى تجيز حوالة الدين كما تجيز حوالة الحق ، كالتقنين المدنى المصرى الجديد ، لا تقوم حاجة عملية الى حوالة الحق دون الدين ، فان الأيسر على ذوى الشأن أن يحولوا الحقوق والديون جميعا ، أى الالتزامات الناشئة من العقد الملزم من الجانبين . وقد نظم التقنين المدنى المصرى الجديد تنظيما تشريعيا حوالة أحد العقود الملزمة للجانبين ، وهو عقد الايجار ، باسم التنازل عن الايجار . فأجار للمستأجر التنازل عن الايجار ، ولكن أبقاه ضامنا لالتزامات المتنازل له الا اذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل أو استوفى الأجرة مباشرة من المتنازل له دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلى أنظر المواد ٥٩٣ و ٥٩٥ و ٥٩٧) مدنى (١) .

ولكن الحاجة العملية الى الترخيص فى حوالة الحق دون الدين انما تقوم فى التقنينات التى تنظم حوالة الحق دون أن تنظم حوالة الدين ، كالتقنين المدنى الفرنسى (٢) . ففى هذه التقنينات لا يتيسر

---

(١) وقد ينظم التقنين تنظيما تشريعيا حوالة العقد الملزم للجانبين بما ينشئه من حقوق وديون ، حتى لو كان هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين ، وذلك بفضل ما للمشرع من سلطان تشريعى . وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق لا ينظم حوالة الدين ، ومع ذلك نظم حوالة عقد الايجار ، واسماها هو أيضا التنازل عن الايجاز » .

وقد قضت محكمة النقض بان التنازل عن الايجار يتضمن حوالة بالنسبة الى حقوق المستاجر وحوالة دين بالنسبة لالتزاماته ويعتبر المستاجر المتنازل ـ فيما يختص بحق الانتفاع بالعين المؤجرة الذي حوله الى المتنازل له ـ فى مركز المحيل ، ومن ثم فان ضمانه لهذا الحق ، ولو كان التنازل بعوض يخضع للقواعد المقررة للضمان فى حالة الحق وليس للقواعد المقررة لضمان البائع، فاذا تحقق سبب الضمان وفقا للمادة ٣٠٨ من القانون المدنى فان المستاجر التنازل لايلزم طبقا للمادة ٣١٠ الا برد ما استولى عليه مقابل حق الانتفاع الذى حرم منه المتنازل له مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك . نقض مدنى فى ٨ ديسمبر ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٦٧ ص ١٨٥٥ .

(٢) وحتى فى التقنينات التى نظمت حوالة الدين كما نظمت حوالة الحق =

للمتعاقد ، وهو دائن ومدين فى وقت واحد ، أن يحول دينه ، فهل يستطيع مع ذلك أن يحول حقه . أدعا الى التشكك فى هذا الأمر أن الحق والدين فى العقد الملزم للجانبين مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطا وثيقا ، حمل بعض الفقهاء على القول بأنه لا فكاك بينهما ، وأنه لا يجوز فصلهما بتحويل أحدهما واستبقاء الآخر (١) .

والصحيح أنه تجوز حوالة الحق دون الدين فى الأحوال المتقدمة الذكر . واذا كان الحق والدين مرتبطين أحدهما بالآخر فى العقد الملزم للجانبين ، فليس معنى ذلك أنهما غير قابلين للتجزئة (٢) . وغنى عن البيان أن حوالة الحق دون الدين جائزة فى التقنينات التى تنظم حوالة الدين كما تنظم حوالة الحق كالتقنين المدنى المصرى ، واذا كانت حوالة كل من الحق والدين جائزة فى هذه التقنينات ، فأولى أن تجوز حوالة الحق وحده .

٢٥٣ ـ حوالة الحقوق المتنازع فيها : والحق الشخصى قابل للحوالة حتى لو كان حقا ينازع فيه المدين . ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى (٣) .

= كما هو شأن التقنين المدنى المصرى ، قد تقوم الحاجة الى الترخيص فى حوالة الحق دون الدين . ذلك أن المتعاقد ، فى عقد ملزم للجانبين ، يستطيع باعتباره دائنا أن يحول حقه دون رضاء المتعاقد الآخر ، ولكنه باعتباره مدينا لا يستغنى عن رضاء هذا المتعاقد الاخر فى تحويل دينه حتى تنفذ حوالة الدين فى حق دائنه . فاذا لم يكن المتعاقد الاخر راضيا بالحوالة فلا مناص من أن يكتفى المتعاقد الاول بحوالة الحق دون الدين .

(١) ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٨٢ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٥ .

(٣) استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٣ ـ وقد كان رضاء المدين ضروريا لانعقاد الحوالة فى عهد التقنين المدنى الاهلى السابق حتى لو كان الحق متنازعا فيه : نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص ١٩٨ ـ استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢٤ ص ٦١ ـ ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٨٣ ص ١٩٨ ـ ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٥ ص ٢٩٣ ـ استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٧ ـ ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٣١ .

واذا كانت حوالة الحق المتنازع فيه بيعا ، فقد اعتبر المشرع المشترى ، وهو يتصيد الحقوق المتنازع فيها ، مضاربا قد وصل فى المضاربة حدا لا تحمد معه مسايرته فيه • ومن ثم جعل للمدين الذى ينازع فى هذا الحق أن يتخلص من مطالبة المشترى ، اذا هو رد اليه الثمن الحقيقى الذى دفعه — ويكون عادة ثمنا بخسا — مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ٤٦٩ مدنى) • الا أنه استثنى من هذا الحكم حالات لا تتمحض فيها فكرة المضاربة ، بل يكون للمشترى فى الصفقة التى عقدها مسوغ مشروع ، وذلك اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد ، أو اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر ، أو اذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه فى ذمة أجنبى وفاء للدين المستحق فى ذمته ، أو اذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز العقار [1] •

ولما كان بيع الحقوق المتنازع فيها ليس خاصا بالحقوق الشخصية ، بل هو عام يشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء ، متى كانت حقوقا متنازعاً فيها على النحو الذى أسلفنا ذكره ، ثم هو مقصور على عقد البيع ، فان هذه المسألة تخرج عن نطاق بحثنا ، فنكتفى هنا بما قدمناه ، وسنبحث المسألة فى تفصيل أوفى عند الكلام فى البيع •

(١) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات العقود اللبنانى على ما يأتى : « ويصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس فى شأنه بشرط أن يرضى المديون الذى تفرغ الدائن عن دينه •وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحيةلأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر فى ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ • على أنه لا يمكن التملص من المتفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع فى احرازه الحقوق المتنازع عليها كان يكون وارثا مع المتفرغ أو شريكا له فى ملك أو دائنا له » • ويبدو من هذا النص أنه يجوز للمحال عليه « التملص » من الحق المتنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد والمصروفات ما لم يوجد عند المتفرغ له سبب مشروع فى شرائه الحق المتنازع فيه ، كأن يكون وراثا مع المتفرغ أو شريكا له فى ملك أو دائنا له كما يذكر النص • ومع ذلك قارن الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٨ •

٢٥٤ ـ الحقوق العينية لا تكون محلا لحوالة الحق : وقد قدمنا أن الحق الذى يكون محلا للحوالة لابد أن يكون حقا شخصياً . أما الحقوق العينية فتنتقل من صاحبها الى غيره بطرق واجراءات أخرى غير الطرق والاجراءات التى تتبع فى حوالة الحقوق الشخصية .

وأهم فرق بين الحق العينى والحق الشخصى فى هذا الصدد أن الحق العينى لا يتعلق بذمة مدين معين بالذات ، ومن ثم يتم نقله وينفذ بالاتفاق بين صاحب الحق ومن يتعاقد معه . أما النفـــاذ فى حق الغير ، فلا يمكن أن يكون ذلك باعلان الاتفاق الى مدين معين كما هو الشـــأن فى حوالة الحق ، ولكن باجراءات أخرى . فاذا كان الحق العينى واقعاً على عقار ، حلت اجراءات التسجيل أو القيد محل اجراءات الاعلان . أما اذا كان الحق العينى واقعاً على منقول ، فان القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية من شأنها أن تكفل لمن حاز المنقول حقـــه قبل الغير (١) .

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٣٥ . وقد جاء فى المادة ٢٨٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى أن قواعد الحوالة « لا تطبق على التفرغ عن دين الدائن فقط ، بل تطبق أيضا على التفرغ عن الحقوق بوجه عام الا اذا كان فى القانون نص مخالف ، أو كان فى ماهية الحق ما يمنع تطبيقها » . ويقول الدكتور صبحى المحمصانى فى هذا الصدد : « ولكن القانون اللبنانى ، خلافا لسائر القوانين العربية ، اعتبر قواعد حوالة الحق التى وضعهـــا عامة تشمل أيضا حوالة جميع الحقوق . فنص على أن القواعد المتقدم ذكرها لا تطبق على المتفرغ عن دين الدائن فقط، بل تطبق أيضا على التفرغ عن الحقوق بوجه عام ،الا اذا كان فى القانون نص مخالف أو كان فى مادية الحق مايمنع تطبيقها : م ٢٨٦ . ومن امثلة الحقوق التى وضع لها القانون أحكاما خاصة الحقوق العينية التى لا تنتقل الا بتسجيلها فى السجل العقارى وحقوق الملكية الصناعية والتجارية والفنية والادبية التى يجب تسجيلها فى الدائرة المختصة وما أشبه » (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٢٣ ـ ص ٢٤) . والظاهر أن نص التقنين اللبنانى مأخوذ من المادة ٤١٢ من التقنين المدنى الألمانى (انظر فى التعليق على هذه المادة التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٣ ص ٥٩٦ ـ ص ٥٩٧) . وانظر الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٨ ـ ص ٩ .

أما الحقوق العينية ، كالرهن والاختصاص والامتياز ، فتنتقـــل =

الاستثناءات ـ الحالات التى يكون فيها الحق
الشخصى غير قابل للحوالة

٢٥٥ ـ متى يكون الحق الشخصى غير قابل للحوالة : قدمنا أن المادة ٣٠٣ مدنى تقضى بأن الأصل فى الحق الشخصى أن يكون قابلا للحوالة ، الا اذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، وان المادة ٣٠٤ مدنى تقضى بانه لا تجوز حوالة الحق الا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز •

فالحق الشخصى لا يكون اذن قابلا للحوالة : ١ ـ اذا كانت طبيعته تستعصى على الانتقال من دائن الى دائن • ٢ ـ اذا نص القانون على عدم قابليته للحوالة ، ويعتبر النص على عدم قابلية الحق للحجز نصا على عدم قابليته للحوالة بحكم المادة ٣٠٤ مدنى • ٣ ـ اذا اتفق المتعاقدان على أن الحق لا يجوز تحويله (١) •

٢٥٦ ـ عدم القابلية للحوالة بسبب طبيعة الحق : قد يكون الحق بسبب طبيعته متصلا اتصالا وثيقاً بشخص الدائن ، فلا يمكن فى هذه الحالة أن ينزل عنه الى شخص آخر • من ذلك حق الدائن فى النفقة ، وحقه فى التعويض عن الضرر الادبى الذى لحق به ما دام لم يتحدد التعويض بمقتضى اتفاق أو يطالب به الدائن أمام القضاء (م ١/٢٢٢ مدنى) • كذلك يعتبر حق الشريك فى شركة الأشخاص ، وحق المزارع

= تبعا للحق الشخصى الى من حول له هذا الحق ، مع التأشير فى القيدليكون الانتقال نافذا فى حق الغير (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٠ ـ ٢ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٩) •

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ ـ ص ١١٤ •

وقد قضت محكمة النقض بأن الاصل طبقا لما تقضى به المادة ٣٠٣ من القانون المدنى ان الحق الشخصى أيا كان محله قابل للحوالة الا اذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام : نقض مدنى فى ٢٢ مارس ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٣ ص ٧٣٢ •

فى المزارعة ، وحق المستأجر فى ايجار اعتبرت فيه شخصيته ، ونحو ذلك من العقود المنظور فيها الى شخصية المتعاقد (intuitu personae) كل هذه حقوق لا يجوز للدائن تحويلها الى شخص آخر •

٢٥٧ — عدم قابلية الحق للحوالة بنص فى القانون أو لعدم قابليته للحجز هناك حقوق شخصية عنى القانون بالنص صراحة على عدم جواز حوالتها ، لاعتبارات ترجع فى الغالب الى أنها تتصل اتصالا توثيقاً بشخص الدائن •

من ذلك حق المستعير فى استعمال الشىء المعار ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٣٩ مدنى على أنه لا يجوز للمستعير « دون اذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع » •

ومن ذلك حق المستأجر فى الانتفاع بالعين المؤجرة ، فقد نصت قوانين الايجار الاستثنائية على عدم جواز تنازل المستأجر عن حقه فى الايجار بغير أذن كتابى صريح من المالك والا جاز للمؤجر طلب الاخلاء (القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المادة الثانية) ، وذلك لأن المشرع قد ضمن للمستأجر شخصياً السكن بأجرة مخفضة فلا يجوز لهذا اتخاذ هذه الميزة وسيلة للاستغلال بالنزول للغير عن الايجار (١) •

ومن الحقوق التى لا تقبل الحوالة لطائفة معينة من الأشخاص ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه « لايجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، اذا كان النظر فى النزاع

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس فى شرح قانون ايجار الاماكن طبعة ثانية فقرة ٤٦ ص ١٠٧ — وعلى العكس من ذلك قد يباح للمستأجر فى حالات استثنائيه أن ينزل عن الايجار ولو كان ممنوعا من ذلك بشرط فى العقد • فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ مدنى على أنه « اذا كان الأمر خاصا بايجار عقار أنشىء به مصنع أو متجر ، واقتضت الضروورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة ، بالرغم من وجود الشرط المانع ، أن تقضى بابقاء الايجار ، اذا قدم المشترى ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق » •

يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، والا كـان البيع باطلا » • فتحريم الحوالة هنا مقصور على عمال القضاء •

وقد قدمنا أن هناك حقوقاً تأبى طبيعتها أن تقبل الحوالة • وقـد يتولى القانون بنص منه بيان هـذه الحقوق • من ذلك مانصت عليه المادة ٦٢٥ مدنى من أنه « لايجوز فى المزارعة أن ينزل المستأجر عـن الايجار أو يؤجر من الباطن الا برضاء المؤجر » • ومن ذلك مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ مـدنى من أنه « يشـمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ، ولكن لايجوز فى هذه الحـالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحـدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » •

ويلحق بالحقوق غير القـابلة للحوالة بنص القـانون الحقوق غير القابلة للحجز عليها بنص القانون . وذلك بمقتضى المادة ٣٠٤ مدنى كمـا سبق القول • من ذلك مانصت عليه المادة ٣٠٧ مرافعات من أنه « لايجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للصرف منها فى غرض معين ، ولا على الاموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة ، الا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة » • ومـن ذلك مانصت عليه المادة ٣٠٩ مرافعات من أنه « لايجوز الحجز على الأجور أو المرتبات الا بمقدار الربع ، وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء ديون النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه من الديون » • ومن ذلك ما قضى به القانون من عدم جواز الحجز على مرتبـات الموظفين والمستخدمين الا بقدر الربع فى نفقة أو فى دين مستحق للحكومة بسـبب الوظيفة (١) •

---

(١) وقد ربط القانون فى الحقوق الشخصية بين عدم القابلية للحجز وعدم القابلية للحوالة ، وهذا بخلاف الحقوق العينية ، فان الأصل العام فيها أن مالا يجوز الحجز عليه من الاموال يجوز مع ذلك التصرف فيه • وينبنى على أن الحق الشخصى غير القابل للحجز لايكون قابلا للحوالة أن المبالغ المودعة فى صندوق التوفير تصبح غير قابلة للحوالة ، لان الحجز عليها ممتنع بنص القانون (الاستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢٠) • وانظر : استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧١ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٠ • قارن الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فى البيع فقرة ٦١٨ ص ٥٥٦ وص ٥٥٧ •

وغنى عن البيان أن الحق الذى يكون غير قابل للحجز عليه فى شق منه فحسب ، لا تمتنع حوالته الا فى الحدود التى يكون فيهـا غير قـابل للحجز [1] •

٢٥٨ ـ عدم قابلية الحق للحوالة باتفاق المتعاقدين : وقـد يتفق المتعاقدان ، الدائن والمدين ، على أنه لا يجوز للدائن حوالة الحق الذى فى ذمة المدين ، أو على أن الحوالة لا تجوز الا برضـاء المدين • ولما كانت قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام ، فان الاتفاق على عـدم قابليته للحوالة جائز [2] •

من ذلك اشتراط المؤجر على المستأجر الا ينزل عن الايجار لغيره ، وتنص المادة ٥٩٣ مدنى فى هذا الصدد على مايأتى : « للمستأجر حق التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن ، وذلك عن كل ما استأجره أو

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمـال التحضيرية ٣ ص ١١٤ •

(٢) وكذلك كان الاتفاق ـ فى عهد التقنين المدنى الأهلى السابق حيث كانت الحوالة لا تنعقد الا برضاء المدين ـ على أن الحق يكون قابلا للحوالة دون رضاء المدين اتفاقا جائزا ، وكان النص فى سند الدين على أنه تحت اذن الدائن يعد رضاء مقدما بقبول الحوالة • انظر فى ذلك : بنى سوف ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٥٠ ـ الاسكندرية ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ٧٧ ـ جرجا ٢٤ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ ـ طنطا ٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٩ ص ٤١٨ ـ بنى سويف ٢٨ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٩ ص ٨٨٨ ـ استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ ـ أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٤٦ ـ ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ ـ ٢٥ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١١ ـ ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٢ ـ ١٥ مايوسنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٩ ـ ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٠ ـ ٣٠ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٢٤ ـ ٢٥مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٩ ـ ١٧ نوفمبر سنة١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٣ ـ ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٥ ـ ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٢ ـ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٠٩ ـ ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٠ ـ ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ ـ ١٣ مايوسنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٨ ـ ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ ـ ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٤ •

بعضه ، مالم يقض الاتفاق بغير ذلك » [1] .

وبعد أن جعل التقنين المدنى الجديد حوالة الحق جائزة بغير رضاء المدين ، أصبح للمدين ، اذا كان لايريد الحوالة دون رضائه ، أن يشترط فى عقد الاتفاق على المدين منذ البداية عدم جواز حوالة هذا الحق . وهذا الشرط جائز معتبر . لأن النظام العام ، كما قدمنا ، لا يقتضى منعه [2] . وهذا بخلاف حق التصرف فى الحقوق العينية ، فان النظام العام يقتضى التضييق من منع التصرف فيها حتى يسهل تداول الأموال [3] . ومن ثم كان شرط منع التصرف فى المال مقيدا بوجوب قيامه على باعث مشروع وبقصره على مدة معقوله . وقد نصت المادة ٨٢٣ مدنى فى هذا الصدد على مايأتى : « ١ — اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ، ما لم

---

(١) أنظر أيضا استئناف مختلط ١٨ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٥ ، ويقضى الحكم بعدم جواز حوالة ما تودعه الشركة لحساب المستخدم فى صندوق الادخار تحت شرط عدم جواز حوالته (الاستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢١ هامش رقم ١) .

ومن أمثلة عدم جواز الحوالة بموجب الاتفاق على ذلك عدم جواز النزول عن الاشتراك فى السكة الحديدية وعدم جواز النزول عن تذكرة الاياب اذا أخذ المسافر تذكرتى ذهاب واياب معا (الاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢١) .

(٢) ويبدو أن شرط عدم جواز الحوالة يدخل ضمن الدفوع التى يستطيع المدين أن يتمسك بها ضد المحال له كما يتمسك بها ضد المحيل ، ولو لم يكن المحال له عالما بالشرط (م ٣١٢ مدنى) . وقد كان المحال له يستطيع ، قبل التعاقد على الحوالة ، أن يستعلم من المدين على الدفوع التى له ضد الحق الذى يراد تحويله ، فان كتم المدين عنه شيئا من هذه الدفوع ، أو لم يخبره أن الحق مشروط فيه عدم جواز حوالته غشا منه فعند ذلك لا يعتد بعدم قابلية الحق للحوالة ، لا لان شرط عدم جواز الحوالة غير سار فى حق المحال له ، بل للغش الذى ارتكبه المدين (قارن الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٩) .

(٣) المقصود بالمال هنا الملكية والحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . ذلك من ينشىء حقا شخصيا له أن ينشئه على الوجه الذى يرتضيه ، فالحق لم يكن موجودا قبل انشائه ، فله أن يوجده غير قابل للحوالة . أما من ينقل حقا عينيا ، فأنه يتعامل فى شىء موجود فى التداول ، وليس من حقه أن يقيد من تداوله الا لمسوغ مشروع ولمدة معقولة .

يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة • ٢ ــ ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليــه أو للغير • ٣ ــ والمــدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير » (١) •

الفــرع الثــانى

التراضى فى حــوالة الحق

٢٥٩ ــ **النصوص القانونية** : رأينا أن المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى تنص على أنه « يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر ••• وتتم الحوالة دون حاجة الى رضاء المدين » •

وتنص المادة ٣٠٥ على ماياتى :

« لاتكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المــدين أو أعلن بها • على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » (٢) •

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٩ أهلى والمواد ٤٣٥ ــ ٤٣٧ مختلط (٣) •

---

(١) قارن الاستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢١ •

(٢) تاريخ النصوص •

م ٣٠٣ : سبق ايراد تاريخها (انظر آنفا فقرة ٢٤٩ فى الهامش) •

م ٣٠٥ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة وعدل النص فى لجنة المراجعة بحيث أصبح مطابقا مطابقة تامة لمـا استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٣١٧ فى المشروع النهائى • ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٥ (مجموعــة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٦ ــ ص ١١٧) •

(٣) التقنين المدنى السابق م ٣٤٩ أهلى : لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ، ولايعتبر بيعها صحيحا الا اذا رضى المدين بذلك كتابة • فان لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع ، لا تقبل أوجه ثبوت عليه غير اليمين • وزيادة على ذلك يصح الاحتجاج بالبيع على غير المتعاقدين ، الا اذا كان =

= تاريخ الورقة المشتملة على رضا المدين به ثابتا بوجه رسمى ، ولا يسوغ ذلك الاحتجاج الا من التاريخ المذكور فقط ، وكل هذا بدون اخلال بأصول التجارية • ومع ذلك فالتعهدات الدنية المحضة بين الاهالى لا يجوز تحويلها

م ٤٣٥ مختلط : تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع الى المشترى بمجرد تراضيهما •

م ٤٣٦ مختلط (معدلة بدكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) : تنقل الملكية بالنسبة لغير المتعاقدين : (أولا) باعلان المدين بتحويل ما عليه من الدين أعلانا رسميا • (ثانيا) بقبول المدين الحوالة بكتابة مؤرخة تاريخا ثابتا بوجه رسمى ، ولا يسرى مفعول الانتقال الا من ذلك التاريخ فقط • أما بالنسبة للمدين فيعتبر الانتقال من تاريخ قبوله ، ولو لم يكن ذلك التاريخ ثابتا بوجه رسمى وكل هذا بدون اخلال بأصول التجارة فى حق الحـــوالة فى السندات والاوراق التجارية • ومع ذلك فالتعهدات الدنية المحضة بين الاهالى لا يجوز تحويلها الا برضاء المدين ، ولا يثبت الرضاء الا بالكتابة أو بالنكول عن اليمين •

م ٤٣٧ مختلط : فى المواد التجارية ، تحويل الدين الذى لم يكن بسند تجارى يكون معتبرا بالنسبة للغير اذا ثبت أعلان التحويل للمدين أو قبوله له بمقتضى دفاتر محررة حسب القانون أو بأوجه الثبوت المقبولة فى المـــواد التجارية •

وظاهر من هذه النصوص أن التقنين المدنى السابق قد وضع حوالة الحق فى باب البيع اعتبارا بما يقع غالبا فى العمل ، مقتفيـــا فى ذلك اثر التقنين المدنى الفرنسى (انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٩) •

وقد اشترط التقنين المدنى الاهلى السابق فى انعقاد حوالة الحق رضاء المدين ، وجعل اثبات هذا الرضاء لا يكون الا بالكتابة أو بالاقرار او باليمين • وكان هناك رأى خاطىء ، شاع فى الفقه والقضاء فى مصر ، يرجع هذا الشرط الى الشريعة الاسلامية والى انها هى ايضا تشترط فى حوالة الحق رضاء المدين (استئناف أهلى ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٣٤٩ ـ اســـتئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٤ ص ٩١ ـ ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٩) • والصحيح أن الفقه الاسلامى فى أكثر مذاهبه ، كما قدمنا ، لايعرف حوالة الحق ، والمقصود بالحوالة فيه حوالة الدين • فنقل المشرع الأهلى شرط رضاء المدين فى حوالة الدين فى الفقه الاسلامى (مع أنه ليس بشرط حتمى) الى حوالة حق • انظر فى ضرورة اثبات رضاء المدين بالكتابة فى التقنين الاهلى السابق : استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩ ـ وفى جواز أن يكون رضاء المدين بالحوالة مقدما وقت نشوء الدين وبأن الحكم الصادر بثبوت هذا الدين يكون هو ايضا قابلا للحوالة دون رضاء جديد من المدين : نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٠ ص ٦١٣ ـ وفى عدم ضرورة رضاء المستأجر عندما يخلف المشترى المؤجر فى حقوقه قبل المستأجر : نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٧ ص ٤٩٦ ـ وفى ضرورة رضا المدين حتى فى حوالة الحق المتنازع فيه : نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعـــة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص ١٩٨ ـ وفى ضرورة رضاء المدين حتى لو كان المحال به قد صدر به حكم : نقض =

وتقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٣٠٣ و ٣٠٥ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٢٩٠ و ٢٩٢ - وفى التقنين المدنى العراقى م ٣٦٢ - ٣٦٣ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٨٠ و٢٨٢ - ٢٨٣ . وفى التقنين المدنى الكويتى

= مدنى ٢٥ ابريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٢ ص ١٧٨ - ٧مايوسنة ١٩٥٣مجموعة أحكام النقض ٤رقم١٤٧ ص٩٨٣ - استئناف مصر ٢٧يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٣٣ ص ٣٩ - أول يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢٧٣ ص ٥٥٠ - ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص ٢٢١ - استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢١١ - ٢١ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢١ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ - ٤ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٦ .

وقد عدل التقنين المدنى الجديد عن مذهب التقنين الأهلى السابق ، ولم يشترط رضاء المدين فى انعقاد حوالة الحق ، بل ذكر صراحة ، كما رأينا ، أن هذه الحوالة تتم دون حاجة الى رضاء المدين ، مقتديا فى ذلك بالتشريعات الحديثة (انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٥١٥) .

اما التقنين المدنى المختلط السابق فلم يكن ، كما هو واضح من نص المادة ٤٣٥ منه ، يشترط رضاء المدين لانعقاد حوالة الحق ، بل كان يكفى تراضى الدائن الاصلى والدائن الجديد ، وقد صدر ديكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ يجعل العبرة ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بنشوء الحق ، فان نشأ بين وطنيين وجب رضاء المدين ولو كانت الحوالة لأجنبى وان نشأ بين اجنبيين او بين مصرى وأجنبى فلا يجب رضاء المدين ولو كانت الحوالة لمصرى (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٧ - الاستاذ احمد حشمت ابو ستيت فقرة ٧٢٤ - الاستاذ احمد نجيب الهلالى فى البيع فقرة ٦٢٩ فقرة ٦٣٢ - استئناف اهلى ٢٥ اغسطس سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٢٣١ - استئناف مختلط ٥ يناير ١٨٩٣ م ص ٩١ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٢) .

ويظهر مما قدمناه أن التقنين المدنى الجديد لم يغير فى نظام حوالة الحق بالنسبة الى الحقوق التى كانت خاضعة لنظام التقنين المختلط ، فكل حق نشأ بين مصرى وأجنبى أو بين أجنبيين قبل ١٥ اكتوبر ١٩٤٩ كان ولايزال ، فى غير حاجة الى رضاء المدين فى انعقاد حوالته . أما الحقوق التى نشأت بين وطنيين قبل ١٥ اكتوبر ١٩٤٩ ، فهذه تبقى فى حوالتها خاضعة للتقنين المدنى الأهلى السابق ، ومن ثم يكون رضاء المدين ضروريا فى انعقاد الحوالة . وما نشأ من الحقوق منذ ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ايا كان طرفا الدين ، مصريان أو أجنبيان أو مصرى وأجنبى - يخضع للتقنين المدنى الجديد ، فلا يكون رضاء المدين ضروريا فى انعقاد حوالته .

المادتين ٣٦٤ ـ ٣٦٦ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ١٠١٥/١ (١)٠

ويتبين من هذه النصوص أن الحوالة تتم بتراضى المحيل والمحال له دون حاجة الى رضاء المدين (المحـــال عليه) ٠ ولكن لاتنفذ فى حق المحال عليه الا اذا قبلها أو أعلن بها ، ولا فى حق الغير الا مـــن تاريخ اعلان المحال عليه أو من التاريخ الثابت لقبوله ٠

فنبحث أمرين : ١ ـ انعقاد الحوالة ٢ ـ نفـــاذ الحوالة فى حق المدين (المحال عليه) وفى حق الغير ٠

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٣٠٣ و ٣٠٥ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدنى المصرى) ٠

التقنين المدنى الليبى م ٢٩٠ و ٢٩٢ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدنى المصرى) ٠

التقنين المدنى العراقى م ٣٦٢ و ٣٦٣ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدنى المصرى) ٠

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٨٠ (سبق ايرادها انظر فقرة ٢٤٩ فى الهامش) ٠

م ٢٨٢ : يتم التفرغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم ، الا اذا كان هذا التفرغ مجانيا فحينئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء ٠

م ٢٨٣ : ان الانتقال لا يعد موجودا بالنظر الى شخص ثالث ، ولا سيما بالنظر الى المديون الذى تفرغ الدائن عن دينه ، الا بلاغ هذا التفرغ الى المديون أو بتصريح المديون فى وثيقة ذات تاريخ مسجل بانه قبل ذلك التفرغ ٠ وما دامت احدى هاتين المعاملتين لم تتم ، يصح للمديون ان يبرىء ذمته لدى المتفرغ ٠ واذا كان المتفرغ قد أجرى فراغين متتابعين لدين واحد ، فالمتفرغ له الذى سبق الى العمل بمقتضى القانون يفضل على الآخر ، حتى لو كان تاريخ عقده أحدث عهدا ٠

وهذه الاحكام تتفق مع احكام التقنين المدنى المصرى (انظر فى وضع المحال عليه فى التقنين اللبنانى وفى انه يعتبر من الغير الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٣) ٠

التقنين المدنى الكويتى م ٣٦٤ و٣٦٦ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدنى المصر مع اختلاف طفيف فى العبارة) ٠

التقنين المدنى الاردنى م ١٠١٥/٢ : ولا تكون الحوالة نافذة فى حق الغير الا باعلانها رسميا للمحال عليه او قبوله لها بوثيقة ثابته التاريخ ٠ (هذا النص يتفق فى الحكم مع نص المادة ٣٠٥ من التقنين المدنى المصرى)٠

١ - انعقـاد الحوالة

٢٦٠ - تراضى المحيل والمحال له كاف فى انعقاد الحوالة - لاحاجة الى رضاء المدين : يكفى فى انعقاد الحوالة تراضى المحيل والمحـال له ، أى الدائن الأصلى والدائن الجديد . فاذا رضى الدائن الأصلى أن يحول حقه الذى فى ذمة مدينه الى شخص آخر ، وقبل هذا الشخص الآخر ، فقد انعقدت الحوالة ، وصار الدائن الأصلى محيلا والـدائن الجديد محالا له ، وكل ذلك دون حاجة الى رضاء المدين الذى فى ذمته الحق ، بل يصبح هذا بانعقاد الحوالة محالا عليه [1] . وهذا ماتنص عليه صراحة المادة ٣٠٣ مدنى كما رأينا ، مجانبة فى ذلك مذهب التقنين الأهلى السابق حيث كان يشترط رضاء المدين [2] ، ومتمشية مع التقنين

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه ان الاتفاق تضمن تنازل الطاعنه للمطعون عليه عن طلب حجز السيارة وعن السيارة ذاتها وأن المطعون عليه يصبح مالكا لها عند استلامها من الشركة ، فان الاتفاق على هذه الصورة هو حوالة حق وبمقتضاه ينتقـل الحق المحال به من الطاعنة الى المطعون عليه بمجرد انعقاد الحوالة دون نظر الى نفاذها فى حق الشركة المنتجة وهى المحال عليها ، لايغير من ذلك أن الحق فى شراء السيارة لما يوجد بعد عند ابرام الاتفاق أو أنه معلق على شرط قبول الشركة المنتجة لطلب الحجز لانه تجوز حوالة الحق المعلق على شرط والحق المستقبل : نقض مدنى فى ٢٢ مارس ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٣ ص ٧٣٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحق موضوع الحوالة يحكمه القانون السارى وقت نشوئه فاذا كانت وثيقةالتأمين والاقرار الذى بمقتضاهأحل المؤمن له شركة التأمين فى حقوقه وتنازل لها عن التعويض المستحق له قبل الغير قد حررا فى ظل القانون المدنى القديم ، فان هذا القانون هو الذى يجب اعمالهفى الحوالة ... والاستناد الى أحكام الحوالة يحول دونه أن واقعه الدعوى تحكمها فى شأن الحوالة نصوص القانون المدنى القديم الذى حررتفى ظله وثيقة التأمين واقرار المؤمن له - المتضمن احلا له الشركة المؤمنة فى حقوقه وتنازله لها عن التعويض المستحق له قبل الغير - واذ نصت المادة ٣٤٩ منه على انه ينتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحا الا اذا رضى المدين بذلك بموجب كتابة ، وكان لا يتوفر فى واقعة هذه الدعوى وجود كتابة من المدين تتضمن رضاءه بالحوالة ، فانه لا مجال لاقامة هذا الحق على أساس من الحوالة : نقض مدنى فى أول يناير ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ رقم ١ ص ١٤ .

المختلط السابق وسائر التقنينات الحديثة حيث لا يشترط هذا الرضا (١) •

والسبب فى عدم الحاجة الى رضاء الدين أن انتقال الحق من دائن الى آخر ليس من شأنه الاضرار بالمدين اضراراً يستوجب تحتيم رضائه لانعقاد الحوالة • ففى أكثر الأحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أو آخر بالدين الذى فى ذمته (٢) • وفى أحوال قليلة قد يعنى المدين أن يطالبه دائنه الأصلى دون أى شخص آخر ، لأنه انما تعامل معه ، أو لاحتمال أن يكون غيره أشد الحافاً فى المطالبة • ولكن الضرر الذى ينجم عن ذلك أقل بكثير من الضرر الذى يصيب الدائن من جراء منعه من حوالة حقه عندما تقوم به الحاجة الى ذلك ، أو عندما يرى فى ذلك فائدة • وما على المدين ، وقت نشوء الدين ، اذا كان يحرص ألا يتغير عليه دائنه ، الا أن يتفق مع الدائن على عدم جواز الحوالة الا برضائه ، وقد تقدم القول فى ذلك • أما نفاذ الحوالة فى حق المدين فلا يكون الا برضائه أو باعلانه كما سيأتى (٣) •

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان المادة ٣٠٣ من القانون المدنى بأن الحوالة تتم دون حاجة الى رضاء المدين ، مما مفاده وعلى ما ورد فى مذكرة المشروع التمهيدى ، أن المشرع اختار المبدأ الذى سارت عليه التشريعات الحديثة التى تجيز أن يظل المدين بالحق المحال به بمعزل عن تعاقد المحيل والمحال له مراعية فى ذلك أن المدين يستوى لديه استبدال دائن بدائن آخر ، وبالتالى فان الحق به ينتقل بمجرد انعقاد الحوالة دون حاجة الى نفاذها فى حق المدين المحال عليه : نقض مدنى فى ٢٢ مارس ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٣ ص ٧٣٢ •

(٣) اما فى حوالة الدين فتغير المدين على دائنه أشد خطرا ، اذ أن قيمة الدين تتوقف الى حد كبير على شخص المدين وملاءته ومبلغ مسارعته الى الوفاء بما فى ذمته من الديون ، ومن ثم كان شأن الدائن فى حوالة الدين أهم من شأن المدين فى حوالة الحق كما سنرى .

هذا ويصح أن ينقل الدائن حقه الى آخر بطريق الوصية ، والوصية تصرف قانونى كالحوالة . وفى هذه الحالة تتبع أحكام الوصية لا احكام الحوالة ، فتتم الوصية بالحق بارادة الموصى وحده وتكون قابلة للرجوع فيها الى ان يموت ، وترتد برد الموصى له ، ولاتنفذ الا فى ثلث التركة الى غير ذلك من =

٢٦١ — الحوالة اتفاق رضائى لا يشترط فيه شكل خاص الا فى الهبة : والحوالة ، ما لم تكن هبة صريحة ، اتفاق رضائى (١) . فلا يشترط لانعقادها شكل خاص ، بل تنعقد بمجرد توافق الايجاب والقبول (٢) ، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من حوالة حق غير ثابت بالكتابة (٣) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى، هو المادة ٤٢٨ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ — لا يشترط فى انعقاد الحوالة شكل خاص ، حتى لو كان الحق المحال به مضموناً برهن رسمى أو بأى عينى آخر . ٢ — ولكن لايجوز التمسك قبل الغير بحوالة تأمين عينى الا اذا حصل التاشير بذلك على هامش للقيد الاصلى لهذا التأمين (٤) » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « لأن الفقرة الأولى منه يمكن استخلاصها من القواعد العامة،

= احكام الوصية .ولكن متى انتقل الحق بالوصية الى الموصى له ، أصبح هو الدائن مكان الموصى ، وصار خلفا خاصا على هذا الحق ، شأنه فى ذلك شأن المحال له فى الحوالة ما بين الأحياء ، لا سيما فى الحوالة التى تتم بطريق الهبة .

انظر فى انتقال الحق الشخصى من دائن الى آخر ، لا عن طريق تصرف قانونى كالحوالة والوصية والحلول الاتفاقى ، بل عن طريق واقعة مادية كالميراث والحلول القانونى ، كذلك فى التزام الدائن احلال دائنه محله فى بعض الأحوال كما اذا باع وارث المودع عنده الشىء المودع وهو حسن النية فعليه لمالكه التنازل له عن حقوقه قبل المشترى (م ٧٢٣ مدنى) : الاستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٠ — ص ١١ .

(١) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ — ١٨ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٧ .

(٢) واستخلاص قيام الحوالة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٦ ص ١٤) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٦ ص ٤٩٦ — وانظر آنفا فقرة ٢٥٠ .

(٤) انظر فى ان حوالة الحق المضمون برهن رسمى او بأى تأمين عينى آخر تتم بعقد رضائى ، والتأشير على هامش القيد الأصلى للتأمين انما هو للتمسك به قبل الغير : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤١ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥٩ — ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ — ١٠ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٣ — ٢٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٣١ =

ولان الفقرة الثانية ورد حكمها فى مكان آخر (١) » ، وغنى عن البيـــان أنه اذا لم يؤشر بالحوالة فى هامش القيد الأصـــلى للتأمين ، وانتقلت العين المرهونة الى حائز ، جاز لهذا الحائز أن يفى بالدين وفاء صحيحاً للدائن الأصلى ، اذ المفروض أنه يجهل وقوع الحوالة مادام لم يؤشر بها على هامش القيد (٢) .

أما اذا تمحضت حوالة الحق هبة مباشرة ، فأنها ككل هبة يجب أن تفرغ فى شكلها الرسمى ، ولا تنعقد الا اذا كانت فى ورقة رسمية . وليس فى هذا الا تطبيق للقواعد العامة فى الهبة (٣) .

= ١٦ ابريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص٢٣٢ ــ ٤ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ص٢١ ــ ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٥ . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشان ما يأتى : « جعل المشروع من حوالة الحق عقـــداً رضائيا ، ولم يروجها لاشتراط شكل معين بالنسبة لها بالذات . ومؤدى هذا أنها تخضع فى انعقادها للأحكام العامة التى تسرى بشان العقود الرضائية جميعا . ولم يستثن المشروع من نطاق تطبيق هذه القاعدة حوالة الحـــق المضمون برهن رسمى أو بأى تأمين عينى آخر بل اعتبر التأمين فى هذه الحالة من توابع الحق ،والحقه بأصله تفريعا علىهذا الوصف . ولكنه اشترط لجواز التمسك قبل الغير ــ وهم خليقون بالحماية ــ بهذا التأمين ، باعتباره حقـــا عينيا ، التأشير بمثل هذه الحوالة فى هامش القيد الأصلى للتأمين . ويتم انعقاد الحوالة متى اتفق المحيل والمحال له فيما بينهما ، بيد ان المدين قـــد يجهل هذا الاتفاق ، بل والغالب فيه أن يجهله ، ولهذه العلة يقع وفاؤه للمحيل صحيحا ما بقى جاهلا بالحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ فى الهامش) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ فى الهامش .

(٢) قارن استئناف مختلط ٥ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٠ ــ كذلك اذا حول الدائن الأصلى حقه مرة أخرى ، ولم يكن المحال له الأول قد أشر بالحوالة الاولى على هامش القيد ، وأشر المحال له الثانى على هذا الهامش بالحوالة الثانية ، فان حوالة التأمين العينى بموجب الحوالة الاولى لايحتج بها على المحال له الثانى ولو كانت الحوالة الاولى للحق الشخصى نافذة فى حقه (الاستاذ شفيق شحاتة فىحوالة الحق فىقوانين البلاد العربية ص ١٥ ــ شبين الكوم ١٤ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٠٨ ص ٦٦٧) .

(٣) وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على هذا الحكم، اذ تقول المادة ٢٨٢ من هذا التقنين : « يتم التفرغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم ، الا اذا كان هذا التفرغ مجانيا فحينئذ يجب أن تراعى قـــواعد الشكل المختصة بالهبة بين الاحياء » . =

٢٦٣ — **وجوب مراعاة قواعد الاثبات** : على أنه تجب مراعاة القواعد العامة فى اثبات الحوالة • فاذا حول دائن حقه ، وهو مائة جنيه مثلا ، الى آخر بثمن قدره تسعون جنيها ، وذلك بالتراضى بينهما ، فان المحيل لا يستطيع اثبات التزام المحال له بالثمن ، ولا المحال له يستطيع اثبات التزام المحيل بنقل هذا الحق ، الا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، ولا يجوز الاثبات بالبينة أو بالقرائن (١) ، لأن كل التزام من هذين يزيد على عشرين جنيها • أما اذا كان الحق المحال به هو اثنا وعشرين جنيها وكان ثمن الحوالة عشرين جنيها مثلا ، فان المحيل يستطيع اثبات التزام المحال له بالثمن بالبينة والقرائن لأن الثمن لا يزيد على عشرين جنيها ، ولكن المحال له لا يستطيع اثبات التزام المحيل بنقل الحق الا بالكتابة أو بما يقوم مقامها لأن الحق تزيد قيمته على عشرين جنيها (٢) •

= واذا كانت حوالة الحق على سبيل الرهن ، فالرهن رهن حيازة، ولايشترط لانعقاد الحوالة فى هذه الحالة شكل خاص • ولكن لا يكون الرهن نافذا الاباعلان هذا الرهن اليه أوبقبوله اياه ، ولا يكوننافذا فى حق الغير الابحيازة الدائن المرتهن للدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان أو القبول (انظر م ١١٢٣ مدنى) •

(١) ولكن فى المواد التجارية يجوز الاثبات بالبينة والقرائن • وقد يعتبر تسليم سند الدين الى المحال له قرينة على وقوع الحوالة • وحتى فى المواد المدنية قد يكون هذا التسليم قرينة تعزز مبدأ ثبوت بالكتابة (انظر انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (cession de créance) فقرة ١٥٥) •

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان المطعون عليه يدعى انه دفع للطاعنة مبلغ مائة جنيه فى مقابل حوالة حقها فى استلام السيارة دون أن يثبت هذا المبلغ فى الاتفاق ، وكانت حوالة الحق فى مقابل مبلغ معين أمرا مشروعا ذلك أن المشرع اجاز فى المادة ٣٠٨ من القانون المدنى أن تكون الحوالة بعوض ، وهذا العوض وفقا لما هو مستفاد من المادة ٣١٠ من القانون المذكور هوالشىء الذى استولى عليه المحيل من المحال له فى مقابل الحوالة ، ومن ثم فان هذا المقابل يخضع اثباته للقواعد العامة : نقض مدنى فى ٢٢ مارس ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٣ ص ٧٣٢ •

(٢) واذا قيل ان قيمة الحق المحال به فى هذه الحالة هى ثمنه الذى بيع به وليست قيمته فى ذاته ـ وهذا ما لا نميل الى الاخذ به لان العبرة هى بقيمة الالتزام فى ذاته ولو زادت هذه القيمة على الثمن الذى بيع به ـ فان كلا من المحيل والمحال له يستطيع اثبات الحوالة بالبينة وبالقرائن .

وقد قضت محكمة النقض بأن حوالة الحق هى اتفاق بين المحيل والمحال =

وتبقى هذه القواعد العامة للاثبات هى المعمول بها ، حتى لو أريد اثبات حوالة حق ثابت فى سند اسمى أو سند تحت الاذن لأن الاجراءات الخاصة بحوالة هذه الحقوق ليست ضرورية الا لجعل الحوالة نافذة فى حق للغير ، فهى ليست ضرورية لالانعقاد الحوالة ولا لاثباتها بعد الانعقاد .

٢٦٣ تكييف الاتفاق الذى تتم به الحوالة : والتفاق الذى تتم به الحوالة ما بين المحيل والمحال له هو الذى ينقل الحق من الأول الى الثانى . ولذلك سمى اتفاقاً (convention) ولم يسم عقداً (contrat) ، اذ يذهب بعض الفقهاء الى أن الاتفاق أعم من العقد ، فهو ينشىء الحقوق وينقلها ويعدلها ويقضيها ، أما العقد فيقتصر على انشاء الحقوق (١) . ولما كانت الحوالة تنقل حقا شخصيا موجودا من قبل ، ولاشأن لها فى انشاء هذا الحق ، فهى اتفاق لا عقد . ولكن أكثر الفقهاء لايرون أهمية عملية للتمييز بين الاتفاق والعقد (٢) .

على أنه يمكن القول من جهة أخرى أن الاتفاق على الحوالة ما بين المحيل والمحال له يبدأ بانشاء التزام فى ذمة المحيل بنقل حقه الشخصى

= له على تحويل حق الاول الذى فى ذمة المحال عليه الى الثانى ، ويتعين مراعاة القواعد العامة فى اثبات الحوالة ، لما كان ذلك وكان المطعون عليه الاول لم يقدم ما يفيد حوالة عقد الايجار من البائعة اليه ، وكان البين من الانذار الموجه منه الى الطاعنين المستأجرين انه اقتصر على الاشارة الى حلولة محل المؤجر والبائعه فى عقد الايجار بوصفه خلفا خاصا ، فان ذلك لايكفى لاثبات حصول اتفاق بينه وبين البائعه للعقار المؤجر على تحويله حقها فى قبض الاجرة من الطاعنين : نقض مدنى فى ٣٠ مارس ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٥٢ ص ٨٧٧ .

(١) أنظر فى هذا المعنى أيضا المادة ١٦٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(٢) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يورد تعريفا للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . حذف هذا التعريف فى المشرع النهائى ، ولم يكن الحذف عدولا عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان مجاراة لسياسة تشريعية هى تجنب الاكثار من التعريفات الفقهية (الوسيط جزء اول فقرة ٣٧ — مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ — ص ١١ فى الهامش) .

الى المحال له ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشـوئه فينتقل الحق الى المحال له • فاذا صح هذا التكييف ، كانت الحوالة عقدا حتى عند من يذهبون الى التمييز بين العقد والاتفاق ، اذ أنها تبدأ بانشـاء التزام بنقل الحق ثم ينتقل الحق تنفيذا لهذا الالتزام (١) •

نفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير

٢٦٤ ــ معنى صيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير : قدمنا أن الحوالة تنعقد بالتراضى بين المحيل والمحال له ، دون حاجـة الى رضاء المدين • ولكن انعقاد الحوالة لا يكفى لجعلها نافذة فى حق المدين أو فى حق الغير •

أما أن انعقاد الحوالة لا يكفى لجعلها نافذة فى حق المدين ، فذلك لأن الحوالة تنعقد دون حاجة الى رضائه ، فيصح أن يكون جاهلا بوقوعهـا ، فيعامل دائنه الأصلى على أنه دائنه الوحيد ، ويفى له بالدين أو يقضيـه معه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة والابراء • وينبغى أن يقع هـذا التعامل صحيحاً ، وان يستطيع المـدين الاحتجاج به على المحال له ، ومعنى ذلك أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين • وانمـا تنفذ الحوالة فى حقه اذا كان عالماً بها ، وعندئذ يصبح المحال له هـو

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمـال التحضيرية ٢ ص ١٠ فى الهامش • ويعترض الأستاذ شفيق شحاتة على هذا التصوير (حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٣ ــ ص ١٤) • ولا مانع من القول معه بأن عقد الحوالة نفسه هو الذى ينقل الحق مباشرة من المحيل الى المحال له ، دون حاجة الى افتراض نشوء التزام سابق بنقل هذا الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه •وتبقى الحوالة مع ذلك عقدا، لعدم الحاجة الى التمييز ما بين العقد والاتفاق كما سبق القول • ولكن قيام حـق عينى يترتب على حق شخصى ــ وهو ما يأباه الأستاذ شفيق شحاته ويتخذ مـن تفنيده حجة رئيسية لرفض التصوير المتقدم الذكر ــ لا شك فى امكانه ، بل هو يقع كثيرا فى العمل • ويكفى أن نشير الى امكان رهن الحق الشخصى والى امكان ان يترتب عليه حق انتفاع ، ففى الحالة الاولى رتبنا حقـا عينيا تبعيا على حق شخصى • وفى الحالة الثانية رتبنا على الحق الشخصى حقا عينيا أصليا (انظر أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم (١) •

دائنه الوحيد ، ولا يجوز له التعامل مع الدائن الأصلى أو الوفاء له بالدين • فهذا هو معنى صيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين •

أما معنى صيرورتها نافذة فى حق الغير ، فهذا يقتضى أولا تحديد معنى « الغير » هنا • يمكن اعتبار المدين « غيرا » من وجه ، وطرفاً فى الحوالة من وجه آخر • وعلى كل حال فان المدين له وضع خاص فى الحوالة بين بين (١) •

أما الاشخاص الذين يتمحضون « غيرا » فى الحوالة فهم كل شخص كسب حقا من جهة المحيل على الحق المحال به ، يتعارض مع حق المحال له • فيكون غيرا محال له آخر غير المحال له الاول ، يبتاع الحق المحال به، أو يوهب له أو يرتهنه مثلا • كما يكون غيرا دائن المحيل اذا وقع حجزا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه • كذلك اذا شهر افلاس المحيل أو شهر اعساره ، فدائنوه يصبحون من الغير بالنسبة الى المحال له (٢)•

---

(١) انظر فى اعتبار المدين غيرا : استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٢ • ولكن انظر فى اعتبار أن دائنى المدين ليسو من الغير : استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٥ - ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٩ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٦ •

أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٢٨٣ - فيعتبر المدين « غيرا » شأنه فى ذلك شأن سائر الاغيار، ويشترط لنفاذ الحوالة فى حقه بقبوله لها أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ • ويقول الأستاذ صبحى المحمصانى فى هذا الصدد : « ولابد من الاشارة الى فارق مهم بين القانون اللبنانى وسائر القوانين المدنية العربية • فالقانون اللبنانى ، على غرار القانون الفرنسى ، اعتبر المدين من فئة الغير فى الحوالة ، وعاملهم جميعا معاملة واحدة لجهة اجراءات الاعلان اللازمة فى الحوالة ، فنص على أن الحوالة لا تعد موجودة بالنظر اليهم الا باجراء احدى طريقتى الاعلان المبينتين • ولكن باقى القوانين العربية لم تعتبر المدين من فئة الغير ، وفرقت بينه وبين هؤلاء فى المعاملة لجهة اجراءات الاعلان فلم تشترط ثبوت التاريخ لقبول المدين بالحوالة الا تجاه الغير » (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٣) •

(٢) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ •

وقد قضت محكمة النقض بانه اذ يعد من الغير فى الحوالة كل شخص كسب من جهة المحيل حقا على الحق المحال به يتعارض مع المحال له ، وكان مما يدخل فى نطاق هذا المفهوم انه بصدور حكم شهر افلاس المحيل يصبح دائنوه من الغير بالنسبة للمحال له ، فان لازم ذلك لا يحاج هؤلاء الدائنون =

ومعنى صيرورة الحوالة نافذة فى حق هؤلاء الأغيار هو أنه عند تزاحم المحال له مع أحد منهم ـ محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن المفلس أو المعسر ـ يقدم المحال له اذا كان تاريخ نفاذ حوالته فى حق هذا الغير سابقا على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية أو الحجز أو الافلاس أو الاعسار فى حقه هــو .

٢٦٥ ـ اعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ضرورى لنفاذ الحوالة فى حقه وفى حق الغير : لابد اذن ، لنفاذ الحوالة فى حق المدين المحال عليه، من أن يعلم بها . وقد اختار القانون لاعلامه بها أحد طريقين : أما اعلانه بهذه الحوالة ، واما قبوله لها . وقد نصت على ذلك المادة ٣٠٥ مدنى،كما رأينا . ولا فرق بين الطريقين ، فأى منهما يكفى لجعل الحوالة نافذة فى حق المدين (١) . غير أن النتائج التى تترتب على قبول المدين للحوالة قد

= بالحولة الا اذا كانت ثابتة التاريخ . فاذا قرر الحكم المطعون فيه أن دائنى المفلس لا يعتبرون من الغير وان الحوالة تنفذ فى السندات ، فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ٢٥ أبريل ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٣٣ ص ٨٧٢ .

وقد قضت محكمة النقض بان استيفاء الحوالة لشروط نفاذها فى حــق المدين أو فى حق الغير بقبولها من المدين أو اعلانه بها طبقا للمادة ٣٠٥ من القانون المدنى لا يمنع من الطعن عليها بالدعوى البوليصية المنصوص عليها فى المادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ من القانون المدنى متى توافرت شروطهـــا وذلك لاختلاف موضوع ونطاق كل من الدعويين : نقض مدنى فى ٨ ديسمبر ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ١٥٨٠ .

(١) وليس هناك ميعاد محدد يجب فى خلاله اعلان الحوالة او قبولها ، وسنرى فيما يأتى (انظر فقرة ٢٦٦) أن الاعلان او القبول ينتج أثره ، ويجعل الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير ، أيا كان الوقت الذى صدر فيه بعد صدور الحوالة . ولا يكون الاعلان أو القبول متأخرا ، فلا ينتج أثره ، الا اذا سبقه اعلان أو قبول لحوالة أخرى أو توقيع حجز تحفظى تحت يد المدين أو شهر افلاس المحيل أو شهر اعساره .

وحوالة الحق المعلق على شرط يجوز اعلانها او قبولها قبل تحقـــق الشرط (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٦ ، وانظر فى حوالة الحق المستقبل بودرى وسينيا فقرة ٧٨٧) .

وموت المحيل (الدائن الأصلى) لا يحول دون الاعلان أو القبــول ، فيجوز للمدين أن يقبل الحوالة بعد موت المحيل ، كما يجوز للمحال له ولورثة =

تكون فى بعض الاحوال أبعد مدى من تلك التى تترتب على مجـــــرد الاعلان • من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٦٨ مدنى من أنه : « ١ — اذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبولـــه للحوالة ، ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل • ٢ — اما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحـــوالة من أن يتمسك بالمقاصة » • وسنعود الى هذه المسألة فيما يأتى •

أما لنفاذ الحوالة فى حق الغير ، فانه يجب أيضا اما اعلان المديـــن بالحوالة واما قبوله • ولما كان اعلان المدين لا يصح الا بورقة رســمية كما سنرى ، فان هذا الاعلان له تاريخ ثابت حتما ، ويكون نفاذ الحوالة ، فى حق الغير ، كنفاذها فى حق المدين ، من هذا التاريخ • فـــاذا تزاحم المحال له مع محال آخر أو مع دائن حاجز مثلا ، وكانت الحوالة نافذة فى حق الغير من طريق اعلانها للمدين ، فتاريخ هذا الاعلان هو الذى يحدد مرتبتها بالنسبة الى الحوالة الثانية أو الى الحجز • أما اذا كان نفـــاذ الحوالة فى حق الغير من طريق قبول المدين لها ، فليس من المحتم أن يكون لهذا القبول تاريخ ثابت ، ومن ثم لا تكون الحوالة نافذة فى هذه الحالة فى حق الغير الامن الوقت الذى يكون فيه للقبول تاريخ ثابت (١) • ونرى

= المحيل اعلانه بالحوالة • كذلك موت المحال له لا يمنع ورثته ولا المحيل من اعلان الحوالة ، ولا يمنع المدين من قبولها •

أما اذا كان الحق ميراثا فى تركة ، وجعل بعد القسمة فى نصيب أحد الورثة دون الآخرين ، فلا يعتبر الحق قد حول من باقى الورثة الى هذا الوارث حتى تحتاج الحوالة الى اعلان المدين أو قبوله ، بل يكون للقسمة أثر كاشف ويعتبر الحق قد انتقل كله الى الوارث بطريق الميراث لا بطريق الحوالة ، فلا حاجة اذن الى اعلان المدين أو قبوله (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٢) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى انه يشترط لنفاذ الحوالة فى حق الغير ان تكون ثابتة التاريخ سواء أعلن بها المدين أو قبلها ، ذلك أن الاعلان له تاريخ ثابت حتما ويكون نفاذها فى حق الغير كنفاذها فى حق المدين من هذا التاريخ ولانه يشترط بالنسبة لقبول المدين =

من ذلك أن الحوالة ، اذا كان نفاذها من طريق قبول المدين ، تكون نافذة فى حق المدين من وقت هذا القبول ولو لم يكن له تاريخ ثابت ، ولا تكون نافذة فى حق الغير الا من وقت أن يكون للقبول تاريخ ثابت ؛ فهى اذن قد تكون نافذة فى حق المدين دون أن تكون نافذة فى حق الغير . وهذا ما نصت عليه المادة ٣٠٥ مدنى ، فهى تقضى كما رأينا بأنه « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها . أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » . وسنعود الى تفصيل ذلك عند الكلام فى العلاقة ما بين المحال له والغير .

والغرض من هذه الاجراءات — اعلان المدين أو قبوله — مراعاة مصلحة المدين أولا وذلك حتى يعلم بالحوالة فيمتنع من معاملة الدائن الاصلى ولا يعامل الا الدائن الجديد (١) ومراعاة مصلحة الدائن الجديد ثانيا وذلك حتى يصبح بعد الاعلان أو القبول هو وحده صاحب الحق المحال به تجاه المدين والغير ، ومراعاة مصلحة الغير أخيرا اذ أنه لايمكن تركيز شهر الحوالة فىجهة خير من جهة المدين ، فهو الذى يطالبه المحال له بالحق ، وهو الذى يستطيع أن يخبر الغير الذى يريد أن يتعامل فى هذا الحق بما اذا كان الدائن قد تصرف فيه من قبل أو أن حجزا وقع على الحق تحت يده ؛ مادام قد قبل هذا التصرف السابق أو أعلن به أو بالحجز ، فيمتنع الغير بعد ذلك عن التعامل مع الدائن فى هذا الحق (٢) .

= للحوالة ثبوت التاريخ بصريح النص لنفاذها قبل الغير : نقض مدنى فى ٢٥ ابريل ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٣٣ ص ٨٧٢ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٠٥ من القانون المدنىنصت على انه «لاتكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين اذ أعلن بها . . » ومفاد ذلك ان القانون حين قرر لنفاذ الحوالة فى حق المدين قبوله لها أو اعلانه بها قد شاء بذلك تحقيق مصالح افترض وجودها فاذا ما تمسك بما رتبه القانون فى هذه الحالة من عدم نفاذ الحوالة فى حقه وجبت على المحكمة أن تحكم له بعدم نفاذها دون ان تطالبه باثبات مصلحته فى القضاء له بذلك : نقض مدنى فى ٢٣ يناير ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ٢٣ ص ١٢٣ .

(٢) انظر بودرى وسينيا فقرة ٧٦٧ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة =

٣٦٦ — اعلان المدين بالحوالة : يصدر هذا الاعلان اما من المحيل أو من المحال له • ولما كان هو الذى يعينه قبل غيره أن تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير ، وهو الذى يخشى ان أبطأ فى ذلك أن يعمد المحيل الى التصرف فى حقه مرة أخرى أو الى استيفائه من المدين ، لذلك كان الغالب أن يكون هو — لا المحيل — الذى يتولى اعلان الحوالة للمدين (١) • وقد يعنى المحيل اعلان الحوالة ، حتى لا يوقع أحد دائنيه حجزا تحفظيا تحت يد المدين قبل اعلانها ، فيصبح الحجز نافذا فى حق المحال له ، ويرجع هذا عليه بالضمان ، ومن ثم يكون المحيل نفسه هو الذى يبادر باعلان الحوالة دراء لهذا الخطر (٢) •

= ص ١٤٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٧ — كولان وكابيتان ٣ فقرة ٦٢٧ •

وأى حتى شخصى ، ولو كان حقا تجاريا ، يحوله صاحبه الى غيره ، تخضع الحوالة فيه ، حتى تكون نافذة فى حق المدين والغير ، لأحد هذين الاجرائين الاعلان أو القبول • ومع ذلك توجد حقوق تقتضى اجراءات أخرى بجانب الاعلان أو القبول ، كما فى حوالة الأجرة التى لم تستحق لمدة تزيد على ثلاث سنوات فانها لاتكون نافذة فى حق الغير الا بالتسجيل • كما توجد حقوق تقتضى اجراءات غير الاعلان أو القبول ، كالحقوق الثابتة فى سندات اسمية أو تحت الاذن أو لحاملها ، وسيأتى بيان ذلك •

والاعلان أو القبول لازم لنفاذ الحوالة ، سواء كان الحق المحال حقا منفردا (droit isolé) أو كان عنصرا فى مجموع من المال (universalité) وقد نصت المادة ٤٧٤ مدنى على أنه « اذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع فى حق الغير الا اذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة • فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضا أن تستوفى هذه الاجراءات » •

(١) واذا تعدد المحال لهم فى الحوالة الواحدة ، كان عليهم جميعا أن يقوموا باعلان الحوالة ، وقد يقوم أحدهم باعلانها ، أصالة عن نفسه وبالوكالة عن الآخرين • بل يجوز فى هذه الحالة أن يعلنها باسمه خاصة ، اذا هو أرفق بالاعلان صورة الحوالة حيث يبين منها أنها صادرة له ولآخرين هو الوكيل عنهم (استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٦) • واذا كان المحال لهم متضامنين ، صح لأى منهم اعلان الحوالة ، ويفيد سائر المحال لهم من هذا الاعلان ، اذ يسرى عمل أحد الدائنين المتضامنين فى حق الباقين اذا كان هذا العمل نافعا لهم وقد سبق بيان ذلك •

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧٧١ • =

ويمكن اعلان المدين بالحوالة فى أى وقت بعد صدورها • ولا يكون الاعلان متأخرا ، الا اذا سبقه اجراء يمنع من جعله مفيدا • مثل ذلك أن تصدر من المحيل حوالة أخرى تعلن للمدين أو يقبلها ، فمن وقت اعلان الحوالة الثانية أو قبولها لم يعد من المفيد اعلان الحوالة الاولى • ومثل ذلك توقيع حجز من دائن المحيل تحت يد المدين ، فمن يوم توقيع هذا الحجز لم يعد اعلان الحوالة الا بمثابة حجز جديد كما سنرى • ومثل ذلك أخيرا شهر افلاس المحيل أو شهر اعساره ، فمن ذلك الوقت لايكون اعلان الحوالة ، ولو صدرت منه قبل شهر الافلاس أو الاعسار ، مفيدا اذ لايمكن الاحتجاج بالحوالة فى هذه الحالة على دائنى المفلس أو المعسر • ومن ذلك نرى أن للمحال له مصلحة فى التعجيل باعلان الحوالة الى المدين ، حتى لا يسبق الاعلان اجراء مماثل لما قدمناه فيعطل حقه ويجعل الحوالة غير نافذة فى حق الغير (١) •

ويجب أن يكون اعلان المدين اعلانا رسميا على يد محضر (٢) • فلا

= وقد قضت محكمة النقض بانه اذا تعاقبت الحوالات على الحق الواحد ، وطالب المحال اليه الاخير المدين بقيمة الحق المحال ، فلا يشترط لنفاذ الحوالة الاخيرة فى حق المدين سوى قبوله لها أو اعلانه بها مع بيان تسلسل الحوالات السابقة عليها دون حاجة لاعلانه بكل حوالة منها على حده ، اذ المقصود بالاعلان هو اعلام المدين بانتقال الحق الى المحال اليه الذى يطالب بالدين واثبات صفته فى اقتضائه ، أما غيره من المحال اليهم السابقين الذين أحالوا حقهم الى الآخرين فلا يلتزمون باعلان المدين بالحوالة ، وتنعقد الحوالة التى ابرمها كل منهم بالتراضى بما يترتب عليها من نقل الحق الى المحال اليه دون حاجة لرضاء المدين • واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، واعتد فى نفاذ الحوالة فى حق الطاعن باعلانه بالحوالة الاخيرة بالانذار الذى اشتمل على بيان بالحوالات السابقة ، فانه لايكون قد خالف القانون : نقض مدنى فى ٢٤ مايو ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٢٣ ص ١١٧١ •

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٨ ــ ص ١٤٩ • وانظر فى شهر افلاس المحيل بودرى وسينيا فقرة ٧٨٣ ــ وانظر فى شهر اعساره المادة ٢٥٧ مدنى ، وهى تجعل أثر الاعسار يسرى من وقت تسجيل صحيفة دعوى الاعسار •

(٢) ويقول الدكتور صبحى المحمصانى : « أما فى لبنان ، فليس فى القانون ما يوجب هذا التشديد .والظاهر أنه يجب الرجوع الى قواعد الانذار =

يكفى الاعلان الشفوى ، بل ولا الاعلان المكتوب ولو فى كتاب مسجل (١) وليس من الضرورى أن يتضمن الاعلان نص الحوالـــة ، بل يكفى أن يشتمل على ذكر وقوع الحوالة مع بيان لشروطها الاساسية (٢) . ومن ثم جاز اعلان الحوالة على هذا الوجه حتى لو كانت شفوية غير مدونة فى ورقة مكتوبة (٣) . وأية ورقة رسمية تشتمل على هذه البيانات وتعـلن للمدين تقوم مقام الاعلان ، (٤) فيقوم مقام الاعلان صحيفة الدعوى التى يرفعها المحال له على المدين مطالبا اياه بوفاء الحق المحال به ، ومن وقت وصول صحيفة الدعوى الى المدين يعتبر هذا معلنا بالحوالة فتنفذ فى حقه وفى حق الغـــير (٥) . ويغنى أيضـــا عـــن الاعـــلان

= العامة ، التى تكتفى بأن يكون ذلك بأية طريقة كانت ، بشرط أن تكون خطية ثابتة ، كالكتاب المضمون أو البرقية أو الاخطار الصادر من دائرة رسمية كدائرة الاجراء مثلا) أو استحضار الدعوى ولو تقدم أمام محكمة غير مختصة (م ٢٧٥) ، (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الاعلان الذى تنفذ به الحوالة فى حق المدين يتم بواسطة المحضرين وفقا لقواعد قانون المرافعات ولايغنى عن هذا الاعلان الرسمى مجرد اخطار المدين بكتاب مسجل أو علمه بالحوالة ولو أقر به ، اذ متى رسم القانون طريقا محددا للعلم فلا يجوز استظهاره الا بهذا الطريق : نقض مدنى فى ٥ يناير ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣٧ ص ١٣٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٨ ــ ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ ــ ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص ٤٩٦ ــ وقارب آنفا فقرة ٢٥٠ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى فى اعلان المدين بالحوالة لتنفذ فى حقه وفقا لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى حصوله باى ورقة رسمية تعلن اليه بواسطة المحضرين ، وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الاساسية ، ومن ثم فانه يقوم مقام الاعلان انذار المدين على يد محضر بالوفاء بالحق المحال توطئة لاستصدار أمر اداء به متى كان هذا الانذار مشتملا على بيان وقوع الحوالة وشروطها الاساسية : نقض مدنى فى ٢٤ مايو ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٢٣ ص ١١٧١ .

(٥) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨٤ ــ ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٣ ــ ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ ــ ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٤ ــ ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ =

التبية (١) والتقدم فى توزيع (٢) ، وتوقيع المحال له حجزا تحفظيا تحت يـــد المدين (٣) .

ويوجه اعلان الحوالة الى المدين (٤) ، أو الى نائبه كممثل الجمعية أو مدير الشركة أو الولى أو الوصى أو القيم ، أو الى أى شخص تكون

= ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧٦ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٨ — ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٠ — ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ أنظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١١٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص ٤٩٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى فى اعلان المدين بالحوالة لتنفذ فى حقه طبقا لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى حصوله بأية ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين وتشمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الاساسية وبالتالى فان اعلان صحيفة الدعوى التى يرفعها المحال له على المدين مطالبا اياه بوفاء الحق المحال به يعتبر اعلانا بالمعنى المقصود قانونا فى المادة ٣٠٥ المذكورة، وتنفذ به الحوالة فى حق المدين : نقض مدنى فى ١٦ مايو ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٤٧ ص ١٢٦١ .

(١) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ .

(٢) استئناف مختلط ١١ يونه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ — ٤ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٩ — أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٣ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٨ .

(٣) والمحال له يستطيع مطالبة المدين باسمه الشخصى ، فهو فى غير حاجة الى توقيع حجز تحفظى تحت يده ، فان فعل ، عد هذا بمثابة أعلان للحوالة ، ولا يكون فى حاجة بعد ذلك الى طلب الحجز التحفظى (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٩) .

(٤) ويكون اعلان الحوالة فى الموطن الحقيقى للمدين ، لا فى الموطن المختار . ذلك أن الموطن المختار انما يكون للاعلانات المتعلقة بتنفيذ التصرفات القانونية ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٣ على انه « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين » . والحوالة ليست تنفيذا للحق ، بل هى نقل له الى دائن جديد (هيك ٢ فقرة ٣٢٦ — جيللوار ٢ فقـــرة ٧٧٤ — اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكرره ص ١٤٥ — بودرى وسينيا فقرة ٧٦٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٨ — عكس ذلك أى جواز الاعلان فى الموطن المختار : ديمولومب ١ فقرة ٣٢١) .

واذا تعدد المدينون المحال عليهم فى الحوالة الواحدة ، فسواء كانوا متضامنين أو غير متضامنين لابد من اعلان كل منهم . فان كانوا غير متضامنين اعلن كل منهم بالنسبة الى نصيبه فى الدين ، لان الدين ينقسم عليهم . وان كانوا متضامنين أعلن كل منهم فى كل الدين ، اذ هو مسئول عنه ، ولان المدينين =

له صفة فى وفاء الحق عن المدين (١) • واذا كان المحال به حقا مستقبلا ، جاز توجيه الاعلان الى جميع الاشخاص الذين يحتمل أن يكونوا مدينين بهذا الحق (٢) •

٣٦٧ ــ قبول المدين للحوالة : والطريق الثانى لصيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين هو قبوله لها • فاذا صار للقبول تاريخ ثابت ، أصبحت الحوالة نافذة أيضا فى حق الغير كما سبق القول •

والوقت الذى يصح فى خلاله هذا القبول هو نفس الوقت الذى يصح فى خلاله اعلان الحوالة ، فيكون القبول متأخرا اذا سبقه اعلان حوالة أخرى أو حجز تحفظى تحت يد المدين أو قبول منه لحوالة أخرى أو شهر افلاس المحيل أو شهر اعساره • ويصح صدور القبول وقت صدور الحوالة نفسها وفى نفس الورقة التى دونت فيها الحوالة ، كما يصح

= المتضامنين لا يمثل بعضهم بعضا كما قدمنا الا فيما يفيد وليس اعلان الحوالة مما يفيد • فاذا أعلن أحد المدينين المتضامنين بالحوالة دون الآخرين ، كانت الحوالة نافذة فى حق من أعلن دون غيره (قارن بودرى وسينيا فقرة ٧٧٢) •

(١) فاذا كان الحق المحال به مضمونا برهن ، وبيعت العين المرهونة فى المزاد بناء على طلب الدائن الاصلى ، فان الحوالة فى هذه الحالة لا تعلن الى المدين بعد ان نزعت ملكيته ، بل تعلن الى الراسى عليه المزاد اذا كان الثمن لا يزال فى ذمته ، أو تعلن الى خزانة المحكمة اذا كان الثمن قد أودع فيها (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٩ ــ انظر أيضا : بودرى وسينيا فقرة ٧٧٤ ص٨١٩ ــ ص٨٢٠ ــ انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Cession (de ereance) فقرة ٢١٤ ــ فقرة ٢١٩) •

(٢) ومثل الحق المستقبل الثمن الذى سيرسو به المزاد فى عين تعرض للبيع بالمزاد ، فيجوز لصاحب هذا الحق ان يحوله الى شخص آخر ، وتعلن الحوالة فى هذه الحالة الى الاشخاص الذين يحتمل أن يرسو المزاد عليهم ، وبخاصة الشركاء فى العين المعروضة للبيع اذا كانت هذه العين مملوكة على الشيوع • انظر فى كل ذلك : بودرى وسينيا فقرة ٧٧٣ ــ فقرة ٧٧٤ ــ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ــ فقرة ١١٢٠ •

وهذا واذا كان المستحق فى الوقت هو فى الوقت ذاته الناظر ، وحول استحقاقه فى الوقف الى شخص اخر فلا حاجة الى اعلان الحوالة اليه باعتباره ناظرا للوقف ، لأن تحويله استحقاقه باعتباره مستحقا يتضمن علمه بالحوالة باعتباره ناظرا (استئناف مختلط ٢٣ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٨) •

صدوره بعد ذلك على الوجه الذى قدمناه ، ولكن لا يصح صدوره قبل صدور الحوالة (١) .

ولا يتضمن قبول المدين للحوالة نزولا منه عن الدفوع التى كان له أن يدفع بها مطالبة المحيل ، فهو بالرغم من قبوله للحوالة يستبقى هذه الدفوع ، ويجوز له أن يتمسك بها قبل المحال له كما سنرى . فقبول المحال له للحوالة لا يعنى أكثر من أنه علم بوقوع الحوالة ، فأصبحت سارية فى حقه ، وصار واجبا عليه أن يدفع الدين للمحال له لا للمحيل ، ولكن فى الحدود التى يجب عليه فيها دفع هذا الدين للمحيل . ويستثنى من ذلك أمر واحد سبقت الاشارة اليه ، هو أن الدفع بالمقاصة الذى كان المدين يستطيع أن يتمسك به قبل المحيل لا يجوز التمسك به قبل المحال له اذا قبل المدين الحوالة دون تحفظ (م ٣٦٨/١ مدنى) . ولكن هـذا لا يمنع المدين من أن يضمن قبوله للحوالة نزولا عن الدفوع التى كانت له قبل المحيل ، فيصبح بهذا القبول البعيد المدى ملتزما بدفع الدين للمحال له ، ولا يجوز له التمسك قبله بالدفوع التى كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل . ولكن مثل هذا القبول لا يفترض ، بل لابد أن يكـون الاطلاق فيه على هذا الوجه واضحا ، فان قام ثمة شـك فسر القبول لصالح المدين ، واعتبر قبولا للحوالة مع الاحتفاظ بما للمدين من دفوع

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٧٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — الأستاذ شفيق شحاتة فى الحوالة فى قوانين البلاد العربية فقرة ٤٥ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٢٤ ص ٣١٥ — عكس ذلك : هيك فقرة ٣٤٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٧ ص ٤٢٧ — الدكتور صبحي المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٣ . ومن الصعب التسليم بأن القبول الذى يجعل الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير يصح صدوره قبل صدور الحوالة ، لان هذا القبـول لا يتحصل به العلم بالمحال له ، وعلم المدين بالمحال له أمر جوهرى لنفـاذ الحوالة فى حقه وفى حق الغير . والقبول الذى يجوز صدوره قبل صدور الحوالة انما هو القبول اللازم لا نعقاد الحوالة ، لا لنفاذها ، فى القوانين التى تشترط رضاء المدين فى انعقاد الحوالة كما كان الأمر فى التقنين المدنى الأهلى السابق (انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥١٥ ص ٥٣١) .

كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (١) .

فالقبول اذن ، بهذا التحديد ، لا يفيد أكثر من اقرار (٢) من جانب المدين بأنه علم بوقوع الحوالة كما تقدم القول ، ولا يفيد أن المدين أصبح طرفا فى عقد الحوالة ، فقد أسلفنا أن هذا العقد يتم دون حاجة الى قبوله . ومن ثم اذا رفض المدين أن يقبل الحوالة ، أمكن الاستغناء عن قبوله باعلان الحوالة اليه ، فالاعلان كالقبول يفيد حتما علم المدين بوقوع الحوالة ، وهذا هو المقصود من كل من القبول والاعلان .

ويصدر القبول من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر يمكن أن يوجه اليه الاعلان فيما لو كانت الحوالة قد أعلنت ، وقد تقدم بيان من يوجه اليه اعلان الحوالة (٣) .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠١ - ص ٥٠٢ .
وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى - على الا تكون حوالة الحق المدنى نافذة قبل المدين الا اذا قبلها أو أعلن بها - ان القبول الذى يعتد به فى هذا الخصوص هو ذلك الذى يصدر من المدين وقت الحوالة أو بعدها بحيث يتم عن علمه بها فيكف عن سداد الدين الى الدائن الاصلى ولا يعامل بشأنه الا الدائن الجديد . أما اذا تضمنت عبارة السند تخويلا للدائن بتحويل الحق موضوع السند لمن يشاء بغير توقف على رضا المدين . فان ذلك لا يعد قبولا بالمعنى الذى قصده المشرع بالمادة ٣٠٥ من القانون المدنى اذ ان اطلاق عبارة السند على هذا النحو وورودها فيه سابقة على الحوالة لا يتحصل معه علم المدين لشخص المحال اليه بتاريخ الحوالة ، فلا يغنى عن اعلانه بها وقت اتمامها أو بعده أو الحصول على قبوله لها ، حتى يتحقق الغرض الذى يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ هذين الاجراءين بما يرفع الشك لدى المدين بالنسبة للشخص الذى يجب ان يوفى له الدين عند حلول ميعاد الاستحقاق : نقض مدنى فى ١٩ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ رقم ١٠٤ ص ٦٨٤ .

(٢) ومن ثم يكون القبول اخباريا لا انشائيا (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٥٠ - ص ٢٥١) ومع ذلك يقتضى القبول أهلية الالتزام (هيك ٣ فقرة ٣٤٢ - انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٢٨٣ - وقارن وسينيا فقرة ٧٧٧) .

(١) وكما لا يعتبر اعلان احد المدينين المتضامنين بالحوالة اعلانا للباقين (انظر انفا فقرة ٢٦٦ فى الهامش) كذلك لا يعتبر قبول أحد المدينين المتضامنين بالحوالة قبولا بها من الباقين . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن قبول أحد المدينين المتضامنين للحوالة انما هو تنازل فردى عن حقه الشخصى ، ولا يسرى على غيره من المدينين الذين لم يرضوا بالحوالة ، ولا يمكن ان يعتبر =

وليس للقبول شكل خاص • فيصح أن يكون فى ورقة رسمية (١) ، كما يصح أن يكون فى ورقة عرفية ثابتة التاريخ ، أو فى ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ • بل يصح ألا يكون مكتوبا أصلا ، فيكون قبولا شفويا • وقد يكون قبولا ضمنيا ، كما يقع فيما اذا دفع المدين بعض أقساط الدين للمحال له ففى هذا قبول ضمنى للحوالة (٢) ، وكما يقع فيما اذا استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل له عن الايجار دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الاصلى (م ٥٩٧ ثانيا مدنى) • ويخضع القبول فى هذه الحالة ، اذا أنكر المدين صدوره منه ، للقواعد العامة فى الاثبات ، فيجوز اثباته بالبينة والقرائن اذا كان الحق المحال به لا يجاوز عشرين جنيها ، والا فلا يجوز اثباته الا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٣)• كل هذا لنفاذ الحوالة فى حق المدين ، أما لنفاذها فى حق الغير ، فقد قدمنا أن القبول يجب أن يكون فى ورقةمكتوبة ثابتة التاريخ •

٢٦٨ ـ هل يقوم علم المدين بصدور الحوالة مقـــام الاعلان أو القبول : رأينا فيما قدمناه أن المقصود من اعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها هو اثبات علمه بوقوعها ، فهل يستخلص من ذلك أنه متى ثبت علم المدين بالحوالة ، ولو من طريق آخر غير الاعلان أو القبول ، تكون الحوالة نافذة فى حقه ؟

= وكيلا عنهم فى هذا الشان (استئناف مصر ٣١ مـــارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ص ٢٢١) • .

وليس من الضرورى أن يعلم المحيل أو المحال له بقبول المدين للحوالة ، بل ينتج القبول أثره قبل علمأحد من هذين به ، اذ القبول هنا ارادة غيرموجهة الى شخص معين (بودرى وسينيا فقرة ٧٨٠) •

(١) وفى فرنسا يجب أن يكون القبول ثابتا فى ورقة رسمية حتىتكون الحوالة نافذة فى حق الغير (م ١٦٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى) •

(٢) استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٠ • ومن باب أولى لو دفع المدين كل الدين للمحال له : استئناف مختلط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠ •

(٣) انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Cession de créance ٢٠١ • أما فى المسائل التجارية فيجوز الاثبات بجميع الطرق : استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ •

وقد يعلم المدين بوقوع الحوالة دون أن يعلن بها على يــد محضر ودون أن يصدر منه قبول بها . فقد يكون الحق المحال به مضمونا برهن رسمى وأشر المحال له على هامش القيد بالحوالة ، فعلم المدين بها من هذا الطريق (١) . وقد يكون المدين قد حضر مجلس العقد وقت صدور الحوالة ، فعلم بصدورها . وقد يكون أجنبى اخطره ، شفويا أو كتابة، بوقوع الحوالة . وأيسر من هذا كله أن يكون المحال له أو المحيــل هو الذى تولى بنفسه اخطار المدين بصدور الحوالـــة ، ولكن لا باعـــلان رسمى ، بل شفويا أو كتابة ولو بكتاب مسجل . فما دام المدين لم يعلن رسميا على يد محضر ، ومادام لم يصدر منـــه قبول بالحوالـــة ، فحتى الكتاب المسجل الذى يخطره فيه المحال له أو المحيل بصـــدور الحوالة لا يجعل علمه حاصلا من أحد الطريقين اللذين رسمهما القانون لذلك .

وفى جميع هذه الأحوال لا يكون علم المـــدين بوقوع الحوالة ، كما قدمنا ، حاصلا بالطريق الذى رسمه القانون . فلا يكون هذا العلم ، مهما استطاع ذو المصلحة أن يثبته ، بل ولو أقر به المدين نفسه ، كافيا فى جعل الحوالة نافذة فى حقه (٢) . ذلك أن القانون متى رسم طريقا محددا للعلم بتصرف معين ، فلا يجوز استظهار العلم الا بهذا الطريق . فالتسجيل مثلا طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الاصلية ، فلا يكـــون انتقال هذه الحقوق نافذا فى حق الغير الا من طريق التسجيل . والقيد طريق لشهر انشاء الحقوق العينية العقارية التبعية ، فلا تنفذ هـــذه هذه الحقوق فى حق الغير الا بالقيد . وكذلك الاعلان أو القبول طريق لشهر انتقال الحقوق الشخصية ، فلا تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير الا بالاعلان أو القبول (٣) .

هذه هى القاعدة ، ولا تحتمل استثناء الا فى حالة الغش ، فان الغش

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٩١ .
(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٩ .
(٣) جيللوار ٢ فقرة ٧٧٨ — بودرى وسينيا فقرة ٧٩١ — فقرة ٧٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ .

بطبيعة الحال يفسد أى تصرف fraus omnia corrumpit وصـــورة الغش هنا أن يكون المدين عالما بوقوع الحوالة عن طريق غير طـــريقى الاعلان والقبول ، ثم يعمد غشا ، متواطئا مع المحيل ، الى الوفاء لهبالدين اضرارا بحقوق المحال له ، وقد يحصل فى مقابل ذلك على منفعة من المحيل كأن ينزل عن جزء من الدين • فالوفاء بالدين للمحيل هنا باطل ، أبطله الغش والتواطؤ • ويجوز فى هذه الحالة للمحال له ألا يعتد بهذا الوفاء ، وأن يعلن الحوالة للمدين فتصبح نافذة فى حقه ، ثم يطالبه بعد ذلــك بالحق المحال به ، فيوفيه المدين مرة ثانية للمحال له ، وهو فى هـــذا انما يتحمل نتيجة غشه ، وليس له الا الرجوع على المحيل بما دفعه له أول مرة • كذلك الحال فيما اذا حول الدائن حقه الى شخص آخر ، وقبـــل اعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها تواطأ المحيل مع شخص ثالث وحول له الحق مرة أخرى ، وبادر المحال له الثانى الى اعلان المدين بالحوالة أو حمله على قبولها ، علم المدين بالحوالة الاولى أو لم يعلم • ففى هـــذه الحالة أيضا تواطأ المحيل مع المحال له الثانى ، وتحايلا على جعل الحوالة الثانية نافذة فى حق الغير قبل نفاذ الحوالة الأولى ، فيجوز للمحال له الأول ألا يعتد بالحوالة الثانية التى وقعت غشا له (١) ، ويبادر الى اعلان الحوالة الاولى للمدين ويطالبه بدفع الحق المحال به • فاذا لم يكن المدين قد وفى الحق للمحال له الثانى ، فعليه أن يوفيه للمحال له الاول لان الحوالة الثانية وقعت باطلة للغش كما قدمنا • أما اذا كان المدين قد وفى للمحال له الثانى ، فان كان شريكا فى الغش ، فان هذا الوفاء لا يعتد به وعليه أن يفى الحق مرة أخرى للمحال له الاول على الوجه الذى قدمناه• أما اذا لم يكن شريكا فى الغش ، حتى لو كان مقصرا كل التقصير فى عدم اتخاذه ما ينبغى الاحتياط (٢) ، فان وفاءه الحق للمحال له الثانى يكون

(١) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ ص ٢٠٨ •

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٤ هامش رقم ٢ ـ قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٧ ـ انسيكلوبيدى داللوز =

مبرئا لذمته بعد أن أصبحت الحوالة الثانية نافذة فى حقه قبل نفاذ الحوالة الأولى ، ولا يجبر على الدفع مرة أخرى للمحال الاول • وليس أمـام هذا الا الرجوع بالتعويض على كل من المحيل والمحال له الثانى اللذين تواطآ على الاضرار بحقوقه (١) •

= لفظ (cession de créance) فقرة ٣٠٢ وما بعدها ـ ويلاحظ أن القاعدة هنا هى القاعدة العامة التى تقضى بأن الغش يفسد التصرفات ، وليست حتما الدعوى البولصية بشروطها الدقيقة ، خلافا لما صرح به بودرى وسينيا (انظر فقرة ٧٩٢ ص ٨٣٦ وفقرة ٧٩٣ ص ٨٢٩ وص ٨٤٢) •

(١) وتختلف نصوص التقنينات الألمانى والسويسرى والايطالى عـن نصوص التقنين المصرى • فنصوص التقنين المدنى المصرى صريحة فى أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين الا بالاعلان أو القبول • أما التقنين الالمانى (م ٤٠٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٦٧) والتقنين المدنى الايطالى الجديد (م ١٢٦٤ /٢) فتقضى بأن وفاء المدين الدين للمحيل لا يكون مبرئا لذمته الا اذا تم بحسن نية، فان أثبت المحال له أن المدين كان يعلم بوقوع الحوالة وقت أن وفى الدين للمحيل ، ولو من غير طريق الاعلان أو القبول ، فان الوفاء لا يكون صحيحا ولا يبرىء ذمة المدين (انظر فى التقنين المدنى الألمانى التعليقات على هـذا التقنين المادة ٣٩٨ ص ٥٦٩ والمادة ٤٠٧ ص ٥٧٩) • ويذهب الاستاذ شفيق شحاتة الى تفسير نصوص التقنين المدنى المصرى بما يجعل هذا التقنين فى هذه المسألة متفقا فى الحكم مع التقنينين الالمانى والسويسرى (حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٣٣ ـص٣٦)• ولا نتفق معه فى هذا الرأى ، فأن نصوص التقنين المدنى المصرى صريحة فى أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين الا بالاعلان أو بالقبول ، فاذا لم يعلن المـدين بالحـوالة ولم يصـدر منه قبول بها ، فانها لاتكون نافـذة فى حقه ، حتى لو علم بهـا من طريق آخـر، الا اذا ارتكب غشا فى الوفاء للمحيل فان الغش حيئذ يجعل الوفاء غير مبرىء لذمته (انظر من الرأى الذى اخترناه الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٥٢ ـ ص ٢٥٥ والأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٠ ص٣١٩ ـ ٣٢٠)•

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا يجعـل علم المدين بوقوع الحوالة من غير طريق الاعلان أو القبول ، ووفاءه بالدين مع ذلك للمحيل ، فى حكم الغش • فكانت المادة ٤٣٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ ـ تبرا ذمة المدين اذا لم يقبل الحوالة ووفى الدين للمحيل قبل أن يعلن بهذه الحوالة ٢٠ ـ ومع ذلك لاتبرا ذمة المدين بهذا الوفاء اذا أثبت الدائن المحال له أن المدين كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة » • وهذا النص هو الذى يتفق مع نصوص التقنينات الألمانى والسويسرى والايطالى، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى شأنه ما يأتى : «يصح التساؤل فى ظل أحكام التقنين القائم (السابق) عما اذا كان فى الوسع =

ولكن ليس من الضرورى أن يكون علم المدين بوقوع الحوالة ، من غير الطريقين اللذين رسمهما القانون وهما الاعلان والقبول ، سببا فى

= ان يتخذ من الأمر الواقع بديل من الاجراءات التي يتطلبها القانون . فلو فرض أن المدين علم بانعقاد الحوالة فعلا ، فهل يجوز له أن يتمسك بعدم نفاذها فى حقه استنادا الى أنه لم يعلن بها ؟ جرى أكثر الفقهاء فى فرنسا ، وشايعهم فى ذلك القضاء ، على أن علم المدين بحوالة لم يعلن بها ولم يقبلها يجعل وفاءه للمحيل فاسدا ، وفقا لما هو مأثور من أن كل ما يترتب على الغش فاسد . وكذلك الشأن فى المحال له الثانى اذا تواطأ مع المحيل وعمد الى الافتيات على حق المحال له الأول ، فحوالته هذه تعتبر باطلة وتنفذ فى حقه الحوالة الأولى . ويراعى من ناحية أخرى ان فريقا كبيرا من الفقه والقضاء الفرنسيين يستند الى المادة ١٣٨٢ (١٥١/٢٠٢ مصرى) ويفرع عليها بطلان كل تصرف يقع اخلالا بحوالة لم تعلن ولم تقبل متى كان المتصرف قد علم فعلا بتلك الحوالة وصدر فى تصرفه هذا عن خطأ أو رعونة . ومؤدى ذلك ان البطلان يعتبر تعويضا عن هذا الخطأ أو تلك الرعونة وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية . وقد نصت المادة ١٦٧ من تقنين الالتزامات السويسرى على ان ذمة المدين تبرأ على الوجه الصحيح اذا أوفى بالدين بحسن نية لدائنه السابق قبل أن يقوم المحيل أو المحال بابلاغه بالحوالة . فالتقنين السويسرى ، والمحال هذه يقنع بالعلم الفعلى ، ولا يتطلب الدليل على غش أو تدليس ، بل هو لا يفترض توافر الخطأ . على أن هذا التقنين لم يكن مبتدعا فى هذه الناحية ، فقد سبقه التقنين الالمانى الى ذلك ، ونص على المبدأ نفسه صراحة فى المادتين ٤٠٧ و ٤٠٨ . وقد اختار المشروع هذا المبدأ باعتباره نتيجة طبيعية منطقية للتصوير الفرنسى فى هذا الشأن (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص١١٨ هامش رقم ١) . ولكن نص المادة ٤٣٢ حذف فى لجنة المراجعة « لانه يتضمن حكما تفصيليا رؤى الاكتفاء فيه بتطبيق القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٨ هامش رقم ١) . والواقع من الامر أن الحكم ليس بتفصيلى ، وقد كان المراد به العدول عن التصوير الفنى الفرنسى الذى يقتضى بأن علم المدن بالحوالة لا يعتد به الا اذا كان حاصلا عن طريق الاعلان أو القبول ، الى التصوير الفنى للتقنينات الأخرى (الألمانى والسويسرى والايطالى) الذى يجعل العلم الفعلى يغنى عن العلم القانونى على أن يحمل المحال له عبء اثبات هذا العلم الفعلى . وليس دقيقا ما تقرره المذكرة الايضاحية من أن هـــذا التصوير الاخير هو نتيجة طبيعية منطقية للتصوير الفرنسى . ولو بقى نص المشروع التمهيدى ولم يحذف ، لامكن القول فى التقنين المدنى المصرى أن العلم الفعلى يغنى عن العلم القانونى . ولكن بعد حذف هذا النص ، وأمام صراحة نص المادة ٣٠٥ مدنى التى تقضى بأن « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها ... » ، لم يبق مجال للقول فى التقنين المدنى المصرى أن العلم الفعلى يغنى عن القانونى . فلابد =

ثبوت الغش فى جانبه • فقد يصل الى علمه أن الدائن قد حول حقه الى آخر ، ولكن لا يعلن بالحوالة ولا تعرض عليه لقبولها ، ثم يطالبه الدائن ، بالدين ، فيقع فى نفسه أن الحوالة التى سمع بها لا حقيقة لها ، فيوف الدين للدائن ، ولا يكون قد ارتكب غشا فى هذا الوفاء (١) • بل قد يعلم المدين حق العلم بوقوع الحوالة ، من غير الاعلان أو القبول ، ومـــع ذلك يطالبه الدائن بالدين ويلح فى الطلب ، ولا يكون لدى المدين دليل على صدق الحوالة ، فلا يسعه ــ بعد أن يخطر المحال له ان كان يعرفه ثم لا يفعل هذا شيئا لجعل الحوالة نافذة ــ الا أن يفى بالدين للدائن ، فلا يكون قد ارتكب غشا فى هذه الحالة ، ويكون وفاؤه مبرئا لذمته بالرغم من علمه بالحوالة (٢) •

كذلك ليس من الضرورى أن يكون علم المحال له الثانى بصدور الحوالة الاولى ، من غير طريق الاعلان أو القبول ، سببا فى ثبوت الغش من جانبه • فقد يظن ، من جراء ابطاء المحال له الاول فى جعل الحوالـــة نافذة ، أن الحوالة الاولى نقضت بفسخ أو ابطال أو مقايلة أو نحـــو ذلك • بل قد يكون المحال له الثانى موقنا كل اليقين من صدور الحـــوالة

لنفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير من أن يعلم بها المدين علما قانونيا ــ دون أن يكفى العلم الفعلى ــ عن أحد طريقين ، الاعلان أو القبول • ويستثنى من هذه القاعدة حالة الغش بطبيعة الحال • وقد لوحظ اتجاه من القضاء الفرنسى الى التوسع فى هذا الاستثناء ، وافتراض الغش اذا ثبت أن المدين قد حصل له العلم بالحوالة « علما خاصا شخصيا » ، حتى ليكاد الاستثناء يستغرق القاعدة ، ويقلل من أهمية ما يشترطه القانون من شكلية فى وجوب تحصيل العلم القانونى عن طريق الاعلان أو القبول (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٥) •

(١) ماركادية ٦ المادتان ١٦٨٩ و ١٦٩٠ فقرة ١ ــ هيك ٢ فقرة ٣٤٨ وما بعدها ــ جيللوار ٢ فقرة ٧٨١ ــ فقرة ٧٨٢ ــ بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣ •

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٥ ــ ويجوز أيضا أن يكون الحق المحال به قد توافرت فيه الشروط اللازمة للمقاصة القانونية فى حق مقابل ترتب فى ذمة المحيل للمدين ، ولم يقبل المدين الحوالة ولم يعلن بها قبل وقوع المقاصة ، وان كان قد علم بها قبل ذلك ، فعلمه الفعلى بالحوالة لا يمنع من وقوع المقاصة ، ولا يعتبر هذا العلم غشا فى جانبه (بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣ ص ٨٤٠) •

الاولى ومن أنها لاتزال قائمة ، ولكن لا يثبت الغش مع ذلك فى جانبه ، بأن يكون قد اتفق مع المحيل على الحوالة الثانية قبل أن يعلم بالحوالة الاولى ، ثم يعلم بها ، فلا يسعه فى هذه الحالة الا أن يبادر الى المحافظة على حقوقه بأن يجعل الحوالة الثانية نافذة باعلانها الى المدين أو بحمله على قبولها ، وهو فى ذلك لم يرتكب غشا ، ولم يرد الاضرار بحقوق المحال له الاول ، وانما أراد دفع الضرر عن نفسه • وهذا هو أيضا شأن الدائن العادى للمحيل اذا كان حقه ثابتا قبل صدور الحوالة ، فانه اذا بادر الى توقيع حجز تحفظى تحت يد المدين ، حتى علمه بصدور الحوالة، لا يكون قد ارتكب غشا للاضرار بالمحال له ، وانما هو يسعى لدفع الضرر عن نفسه (١) •

٢٦٩ — اجراءات خاصة لجعل حوالة بعض الحقوق نافذة فى حق المدين والغير : ما قدمناه من وجوب الاعلان أو القبول لنفاذ الحوالة ينطبق ، كما أسلفنا ، على الحقوق المدنية والتجارية على السواء •

الا أن هناك أوضاعا خاصة ، هى فى الاصل أوضاع تجارية ، اذا أسبغت على الحق ، تجاريا كان أومدنيا ، أصبحت له اجراءات خاصة لتكون حوالته نافذة فى حق الغير • فقد يكون سند الحق سندا اسميا (titre nominatif) ، أو سندا اذنيا (titre à ordre) ، أو سندا لحامله (titre au porteur) •

أما السند الاسمى فيشمل الاسهم (actions) والسندات (obligations) التى تتخذ هذا الوضع ، وهى اما أسهم وسندات للشركات المساهمة أو سندات على الدولة • وحوالة هذه السندات الاسمية تنعقد فيما بين المحيل والمحال له بالتراضى كما هى القاعدة العامة ، الا أن هذه الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين أو فى حق الغير الا بقيد الحوالة فى دفتر خاص يحتفظ به المدين : الشركة أو الدولة•

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣ — ٧٩٦ بلانيول وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ •

وأما السند الاذني فيشمل الكمبيالات (lettres de change) والسندات الاذنية (billets à ordre) (١) الشيكات الاذنية (chèques à ordre) ويشمل كذلك ماورد في شأنه نص خاص كبوليصة التأمين police d'assurance وبوليصة الشحن (connaissement) (٢) بوليصة التخزين (récépissé, warrant) وتنعقد حوالة السند الاذني فيما بين المحيل والمحال له بالتراضي وفقا للقواعد العامة ، ولكنها لا تكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير الا بالتظهير (endossement) ، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه فظهر السند ، ومتى تم تظهير السند الاذني : ١ — فالمدين لا يجوز له أن يوفي بالدين الا لحامل السند بالتظهير لا إلى الدائن الاصلي ، ٢ — واذا تنازع حامل السند بالتظهير مع آخر حول له السند عن طريق الاعلان أو القبول ، فان الاول هو الذى يتقدم ، ولو تأخر تاريخ التظهير عن تاريخ الاعلان أو القبول ، ٣ — ولا يجوز لدائنى المظهر (أى الدائن الاصلى) أن يوقعوا حجزا تحفظيا تحت يد المدين (٣) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان قواعد تظهير الكمبياله التى اوردها قانون التجارة لا تتبع فى شأن السندات التى تحت الاذن الا اذا كانت معتبره عملا تجاريا على مقتضى ما نصت عليه الفقرة السابعة من المادة الثانية من قانون التجارة مما يخرج السندات المدنية من نطاق هذه القواعد ولو تضمنت شرط الاذن . واذ يعد تطهير السند من الدفوع فى العلاقة بين المدين والحامل غير المباشر اثرا من آثار التظهير التى تتفق وطبيعة الالتزام الصرفى وتستقل به الورقة التجارية بحسب ماتنهض به من وظائف ، وكان تطبيق هذا الأثر بالنسبة للسندات المدنية يترتب عليه اقصاء طبيعتها المدنية عنها وينم عن العنت والاجحاف بالمدينين فيها ، فان لازم ذلك هو اطراح هذا الاثر عند تظهير الورقة المدينة : نقض مدنى فى ١٧ يونيه ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٥٥ ص ٩٧٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ملكية الحق الثابت بسند الشحن الاذنى لاتنتقل الى المظهر اليه الا بالتظهير التام عملا بالمادة ١٣٤ من قانون التجارة . أما اذا كان تظهير السند على بياض اعتبر بمثابة توكيل للمظهر اليه فى تسلم البضاعة ولايخوله حقا مستقلا عن حقوق موكله المظهر : نقض مدنى فى ٢٣ مايو ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٠٤ ص ٧٣٦ .

(٣) انظر فى عدم جواز التمسك بالدفوع فى السند الاذنى الذى ينتقل بالتظهير بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٧ .

وأما السند لحامله فيشمل الاسهم والسندات التى تحرر ابتداء لحاملها أيا كان . ويجوز اضفاء وضع السند لحامله على أى حق تجارى أو مدنى ، وبخاصة على الشيكات . وتنعقد الحوالة فيما بين المحيـــل والمحال له فى السند لحامله بالتراضى . وتكون الحوالة نافذة فى حـــق المدين وفى حق الغير بالتسليم المادى ، فالسندات لحاملها تلحق اذن بالمنقولات المادية (١) .

ونقتصر على هذا القدر فى هذه المسألة التى تعد من مباحث القانون التجـــارى .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا فى هذه المسألة ، فكانت المادة ٤٤٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : ١ ـ يجوز اثبات حق مدنى فى سند اسمى أو سند اذنى أو سند لحامله . وفى هذه الحالة تتم حوالة هذا الحق بالنقل أو التظهير أو التسليم . ٢ ـ يجوز لصاحب السند فى هذه الحالة أن يحتج بجميع الدفوع التى يجوز للمحال عليه أن يحتج بها وفقا لما جاء بالمادة ٤٣٩ » . وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لا يشترط اتخاذ الاجراءات المقررة فى المادة ٤٣٠ فى الحالات التى يواجهها هذا النص . فالقاعدة هى اتباع الاوضاع المقررة فى قانون التجارة فى حوالة الحق ولو كان مدنيا ، متى أثبت شكلا فى سند اسمى أو سند اذنى أو سند لحامله . وتسرى على المحال عليه ، فى هذه الحالة ، أحكام المادة ٤٣٩ فيما يتعلق بما يجوز له التمسك به من الدفوع أو أوجه الدفع العادية » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بتطبيق القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٣ ـ ص ١٣٤ فى الهامش) .

الفصل الثــانى

الآثــار التى تترتب على حوالة الحق

٢٧٠ ــ تطبيق القواعد العامة ــ علاقات متنوعة : حوالة الحــق عقد أو اتفاق يخضع فى تكوينه وفى الآثار التى تترتب عليه للقواعد العامة التى تخضع لها العقود والاتفاقات • وقد رينا ذلك فى تكوين الحوالة ، وهذا هو الأمر أيضا فى الآثار التى تترتب عليها •

فان كانت حوالة الحق معاوضة ــ بيعا أو وفاء بمقابل أو رهنــا أو هبة بعوض ــ فان الآثار التى تترتب عليها هى الآثــار التى تترتب على أى من هذه العقود اشتملت عليه الحوالة • ففى البيع يلتزم المحيل بنقل الحق وبضمان الاستحقاق ، ويلتزم المحال له بدفع الثمن • وقس على ذلك الوفاء بمقابل والرهن والهبة بعوض •

وان كانت حوالة الحق تبرعا محضا ، أى هبة بغير عوض ، ترتب عليها من الآثار مايترتب على الهبة ، فيلتزم المحيل بنقل الحق وبضمانه اذا أخفى سبب الاستحقاق ، ولا يلتزم المحال له باداء عوض ما •

هذا هو تطبيق القواعد العامة • غير أن الحق الشخصى الذى هو محل الحوالة تقتضى طبيعته الخاصة أن تقوم علاقات متنوعة تتناول المحال له والمحيل والمحال عليه والغير •

فهناك علاقة تقوم بين المحال له والمحيل ، وأخرى تقوم بين المحال له والمحال عليه ، وثالثة تقوم بين المحيل والمحال عليه ، ورابعة تقوم بين المحال له والغير ممن استمد حقا من المحيل •

فنبحث على التعاقب كلا من هذه العلاقات الأربع •

الفـــرع الأول

عـــلاقة المحـــال لـــه بالمحيل

٢٧١ ـ النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كمـــا تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط »

وتنص المادة ٣٠٨ على مايأتى :

« ١ ـ اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، مالم يوجد اتفاق يقضى بذلك » .

« ٢ ـ أما اذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق » .

وتنص المادة ٣٠٩ على ما يأتى :

« ١ ـ لا يضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان » .

« ٢ ـ واذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليســار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٣١٠ على ما يأتى :

« اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وتنص المادة ٣١١ على ما يأتى :

« يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٧ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تشمل حوالة الحق توابعه كالكفالة والامتياز والرهن الرسمى =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٥١ ــ ٣٥٣ / ٥٣٩ ــ ٤٤١ (١) .

ــ كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط ، وفى لجنة المراجعة حذفت كلمة « الرسمى » الواردة بعد كلمة « الرهن » ليدخل الرهن الرسمى وغيره من الرهون ، واستبدلت بكلمة « توابعه » كلمة « ضماناته » تنسيقا بين هذه المادة والمادة ٣١٨ ، فاصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه المادة ٣١٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٠٧ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٠ ــ ص ١٢٢) .

م ٣٠٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى كانت تتضمن فى آخرها عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة « حتى يتمشى حكم هذه الفقرة مع حكم المادة ٤٣٧ من المشروع (وتقابل المادة ٣١٠ من التقنين المدنى الجديد) لأن المحيل بغير عوض لم يستول على شيء يرده فى حالة الضمان المتفق عليه » . فاصبح نص المادة مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وصار رقمها المادة ٣٢٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٢ ــ ص ١٢٣) .

م ٣٠٩ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٦ من المشروع التمهيدى وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢١ من المشروع النهائى ، فمجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٤ ــ ص ١٢٥) .

م ٣١٠ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٢ من المشروع النهائى . وقد ذكر فى هذه اللجنة ، بعد أن تساءل أحد الأعضاء عما اذا كان المقصود من الحكم الأخير منع الربا « أن المقصود من هذا الحكم أن يتحمل المحال له الغنم والغرم ، لأن الحوالة تنطوى على معنى المضاربة » . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٦) .

م ٣١١ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا خلافا لفظيا طفيفا ازالته لجنة المراجعة ، فاصبح التطابق تاما ، وصار رقم المادة ٣٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٣١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ ــ ص ١٢٨) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٣٥١/٤٣٩ : لا يضمن البائع للمشترى الا وجود الحق المبيع فى وقت البيع ، وضمانته تكون قاصرة على ثمن المبيع والمصاريف .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٣٠٧ ــ ٣١١ ــ وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٩٤ ــ ٢٩٨ ــ وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٣٦٥ و٣٦٨ ــ ٣٧١، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٨٤ ــ ١/٢٨٥ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٣٦٨ و ٣٧١ ــ ٣٧٤ (١) .

= م ٤٤٠/٣٥٢ لا يضمن المحيل يسار المدين فى الحال ولا فى الاستقبال الا اذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين المذكورتين .

م ٤٤١/٣٥٢ : اذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو بمجرد حق ، فلا يكون مسئولا عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق .

واحكام التقنين المدنى السابق لا تختلف عن أحكام التقنين المدنى الجديد .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٠٧ ــ ٣١١ (مطابقة للمواد ٣٠٧ ــ ٣١١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٢٩٤ ــ ٢٩٥ و ٢٩٧ ــ ٢٩٨ (مطابقة للمواد ٣٠٧ ــ ٣٠٨ و ٣١٠ ــ ٣١١ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٢٩٦ (مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٣٠٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٦٥ و ٣٦٨ و ٣٧٠ (مطابقة للمواد ٣٠٧ و ٣٠٨ و ٣١٠ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٣٦٩ (مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٣٧١ : يضمن المحيل تعديه حتى لو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط عدم الضمان (وهى موافقة فى الحكم للمادة ٣١١ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٢٨٤ يجب على المتفرغ أن يسلم الى المتفرغ له سند الدين ، وأن يخوله ما لديه من الوسائل لاثبات الحق المتفرغ عنه والحصول عليه . وهو يضمن للمتفرغ له ــ فيما خلا التفرغ المجانى ــ وجود الحق المتفرغ عنه وقت اجراء التفرغ مع صحة هذا الحق ، غير انه لا يضمن ملاءة المديون . اما اذا كان الاتفاق ينص على العكس فيما يختص بملاءه المديون ، فيجب أن يكون النص الراجع اليها مقتصرا على الملاءة الحاضرة ، وأن تقتصر التبعة على قيمة بدل التفرغ ، الا اذا كان هناك تصريح مخالف .

م ١/٢٨٥ : ان التفرغ ينقل الى المتفرغ له الدين مع جميع ملحقاته ، كالكفالة والامتياز والرهن والتأمينات العينية غير المنقولة ، وفاقا للصيغ والشروط المنصوص عليها فى قانون الملكية والحقوق العينية ، كما ينقل جميع العيوب الملتصقة بالدين والخصائص اللازمة له . =

ويتبين من هذه النصوص أنه فى العلاقة ما بين المحال له والمحيل : ١ ـ ينتقل الحق المحال به من المحيل الى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة ، وينتقل هذا الحق كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفوع (١) .

٢ ـ يلتزم المحيل نحو المحال له بالضمان .

أما ما يلتزم به المحال له نحو المحيل فيختلف باختلاف الحوالة . فان كانت الحوالة بيعا ، التزم المحال له بدفع الثمن . وان كانت مقاضية أو وفاء بمقابل ، التزم المحال له بأداء العوض (٢) . وان كانت

= وهذه الاحكام متفقة مع احكام التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا ان التقنين اللبنانى وان يحمل رجوع المحال بالضمان على المحيل مقصورا فى الاصل على استرداد ما دفع الفوائد والمصروفات ، الا انه يجيز الاتفاق على غير ذلك ، فيصبح أن يشترط المحال له فى عقد الحوالة ان يرجع بكل الحق . اما التقنين المدنى المصرى فيحتم أن يكون الرجوع مقصورا على استرداد ما دفع مع للفوائد والمصروفات ولا يبيح الاتفاق على غير ذلك (أنظر الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٢٩) .

التقنين المدنى الكويتى : م ٣٦٨ : ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعه وتاميناته .

م ٣٧١ (مطابقة المادة ٣٠٨ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٣٧٢ (مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٣٧٣ : ١ ـ اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين فلا يلزم المحيل الا برد ما اخذه من المحال له مع المصروفات حتى لو وجد اتفاق يقضى بدفع اكثر من ذلك . ٢ ـ ومع ذلك اذا كان المحيل يعلم بعدم وجود الحق بذمة المدين فانه يلتزم بتعويض المحال له حسن النية عما ناله من ضرر .

م ٣٧٤ : ١ ـ يكون المحيل مسئولا عن تعويض المحال عما يلحقه من ضرر بسبب افعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض . ٢ ـ ويقع باطلا كل شرط يقضى بغير ذلك .

(وهذه الاحكام تتفق مع احكام التقنين المدنى المصرى) .

(١) على انه اذا كانت الحوالة على سبيل الرهن ، فانملكية الحق لا تنتقل الى المحال له ، بل ينتقل اليه حق عينى عليه هو حق الرهن .

(٢) وقد يكون العوض وفاء دين ، فاذا نزل شريك لشريكه عن نصيبه فى الشركة فى مقابل دفع ديون الشركة التى تخصه ، كانت هذه حوالة صحيحة (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٠) .

هبة ، لم يلتزم المحال بأداء أى عوض ، الا اذا كانت هبة بعوض فيلتزم بأداء هذا العوض • وان كانت رهنا ، التزم المحال له ـ بمقتضى آخر لا بعقد الحوالة ـ أن يوفى المحيل الحق الذى يضمنه الرهن ، وهكذا • فالتزام المحال له نحو المحيل يختلف اذن باختلاف الحوالة ، ودراسة هذا الالتزام تدخل فى دراسة العقد الذى اشتملت عليه الحوالة ، فلا شأن لنا به هنا •

وانما يعنينا أن نبحث ما يلتزم به المحيل نحو المحال له : انتقال الحق المحال به والضمان •

المبحث الأول

انتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له

٢٧٢ ـ انتقال الحق بصفاته وتوابعه : قلنا ان الحق المحال بـه ينتقل بالحوالة من المحيل الى المحال له • والحق الذى ينتقل هـو نفس الحق الذى كان فى ذمة المحال عليه للمحيل ، فينتقل اذن بصفاته ودفوعه، ثم تنتقل معه أيضا توابعه (١) •

المطلب الأول

انتقال الحق بصـفاته ودفوعـه

٢٧٣ ـ انتقـال نفس الحق بمجرد انعقـاد الحوالة : بمجرد أن تنعقد الحوالة بين المحيل والمحال له :أى حتى قبل أن تكون نافذة فى حق المـدين وفى حـق الغير بالاعـلان أو القبـول ، ينتقل نفس الحـق المحال به من المحيل الى المحال له (٢) ، وينتقل بكل قيمته حتى لو كان المحال له دفع فيه ثمنا أقل كما هو الغالب (٣) • ذلك أن الحق المحال به ،

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمـال التحضيرية ٣ ص ١٢١ •

(٢) استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٨ •

(٣) وقد قضت محكمة دمياط بأنه اذا اشترى المحال له الدين بأقل من قيمته الاسمية ، كان له الحق فى مطالبة المدين بكامل الدين (٧ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٥٠ ص ٣١٠) • هذا ما لم يكن الدين متنازعا فيه ، فعند ذلك يجوز للمدين التخلص من الدين برده الثمن الذى دفعه المحال له للمحيل والمصروفات والفوائد من وقت الدفع ، وقد تقدم بيان ذلك (انظر آنفا فقرة ٢٥٣) •

ولا يرجع المحال له على المدين بمصروفات الحوالة ذاتها ، فهذه يتحملها هو (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ ـ ١١ ابريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١١) •

وقد قضت محكمة النقض بأنه بانعقاد الحوالة بين المحيل والمحال له ينتقل نفس الحق المحال به من المحيل الى المحال له وبكل قيمته ولو كان المحال =

وان كان حقا شخصيا ، يعتبر منقولا معينا بالذات ، فتنتقل ملكيته فيما بين المتعاقدين — أى فيما بين المحيل والمحيل له — بمجرد العقـد دون حاجة الى أى اجراء آخر (١) •

والحق الذى ينتقل هـو نفس الحق الذى كان فى ذمـة المـدين للمحيل ، فيصبح — بعد أن تصير الحوالة نافذة فى حق المدين — فى ذمه المدين للمحال له • ولما كان الذى ينتقل هو نفس الحق ، فانه ينتقل بماله من صفات وما عليه من دفوع (٢) • فان كان حقا مدنيا أو تجاريا ، انتقل بصفته هذه الى المحال له • وان كـان حقا قابـلا للتنفيذ بموجب حكم أو سند رسمى ، انتقل الى المحال له بهذه الصفة أيضا • وان كان حقـا ينتج فوائد ، انتقل بقابليته لانتاج الفوائد • وهكذا •

كذلك ينتقل الحق بما عليه من دفوع ، فيجوز للمدين أن يتمسك

= **له قد دفع فيه ثمنا اقل : نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٤ ص ٣٥٧ •**

(١) وقد سبقت الاشارة الى انه يحسن القول بأن الحق ينتقل بالحوالة، دون القول بأن الحوالة تنشىء التزاما بنقل الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه (انظر آنفا فقرة ٢٦٣) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حوالة الحق لاتنشىء التزاما جديدا فى ذمة المدين وانما هى تنقل الالتزام الثابت اصلا فى ذمته من دائن الى دائن آخر باعتبار هذا الالتزام حقا للدائن المحيل وينتقل بها الالتزام ذاته **بجميع مقوماته وخصائصه وينبنى على ذلك ان يظل هذا الالتزام بعد حوالته** محكوما بذات القانون الذى نشأ فى ظله من حيث طبيعته وصفاته واثباته **وقابليته للحوالة والشروط اللازمة لذلك ، فاذا صدر قانون يغير من هـذه** الاحكام فلا يسرى على هذا الالتزام الا فى نطاق مايستحدثه من قواعد آمره تتصل بالنظام العام ومن ثم فاذا كان القانون الذى نشأ الالتزام فى ظله يشترط لاحكام حوالته رضاء المدين بالحوالة فان صدور قانون جديد يجعل هذا الرضاء غير لازم لا يسرى قبله : نقض مدنى فى ٢٣نوفمبر ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٦٣ ص ١٧٤٤ •

كما قضت محكمة النقض بان حوالة الحق لاتنشىء التزاما جديدا فى ذمة المدين وانما هى تنقل الالتزام الثابت اصلا فى ذمته من دائن الى دائن **اخر باعتبار هذا الالتزام حقا للدائن المحيل ، وينتقل بها الالتزام ذاته بجميع مقوماته** وخصائصه : نقض مدنى فى ٢٢ مارس ١٩٧٧ مجموعة احكـام **النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٣ ص ٧٣٢ •**

قبل المحال له بنفس الدفوع التى كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل، وسيأتى بيان ذلك (١) ٠

ويترتب على ما قدمناه أنه بعد انعقاد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، يمتنع على المحيل أن يطالب المدين بالحق المحال به ٠ فاذا وفاه المدين الدين وهو حسن النية لا علم له بالحوالة ، فان الوفاء يكون صحيحا مبرئا للذمة من جانب المدين ، ولكن المحيل يكون مسئولا قبل المحال له بالضمان ٠

٢٧٤ ـ تسليم سند الحق ووسائل اثباته : وانتقال الحق الى المحال له يقتضى أن يلتزم المحيل بتسليم المحال سند هذا الحق والوسائل التى تؤدى الى اثباته ٠ وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا فى هذا المعنى. فكانت المادة ٤٣٤ من هذا المشروع (٢) تجرى على الوجه الآتى : « يجب على المحيل أن يسلم الى المحال له سند الحق المحال به ، وان يقدم له وسائل اثبات هذا الحق وماهو ضرورى من بيانات لتمكينه من حقه » ٠ وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة (٣) ، ولكن حذفه لا يفيد أن حكمه قد نسخ ، ففى تطبيق

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بانه لئن كان الحق المحال به ينتقل بالنسبة** الى المحال عليه بالحالة التى يكون عليها وقت اعلانه بالحوالة أو قبولها الا **ان المحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له ان يتمسك بها قبل المحيل وقت اعلان الحوالة او قبولها ومن ذلك الدفع بانقضاء الحق المحال به:** نقض مدنى فى ١٦ مايو ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٤٧ ص ١٢٦١ ٠

(٢) **انظر ايضا المادة ٣٦٧ من التقنين المدنى العرقى والمادة ٢٨٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ٠**

(٣) **مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٠ فى الهامش ـ وقد قضت** محكمة استئناف مصر بأن تسليم الحقوق المبيعة يكون باعطاء سنداتها للمشترى بالترخيص له فى الانتقال بها اذا لم يوجد مانع من الانتفاع (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧) ٠ واذا كانت الحوالة بمقابل ، ولم يدفع المحال له هذا المقابل للمحيل ، كان لهذا **الأخير ان يحبس سند الدين حتى يستوفى المقابل ٠ وقد قضت محكمة استئناف =**

القواعد العامة غناء عنه (١).

والذى يقع عادة أن سند الحق هو الذى تدون فيه الحوالة ، ويسلمه المحيل الى المحال له كمستند لصدور الحوالة ذاتها وكمستند للحق المحال به فى وقت واحد . فاذا كان الحق المحال به غير ثابت بالكتابة ، صحت مع ذلك حوالته كما قدمنا ، وعلى المحيل أن يهيىء للمحال له وسائل اثبات هذا الحق من بينة وقرائن وغير ذلك .

واذا كان المحال به هو جزء من الحق ، بقى السند مشتركا بين المحيل والمحال له (٢) .

وسنرى أن توابع الحق تنتقل معه . فاذا كان هناك ضمان للحق المحال به ، وجب على المحيل تمكين المحال له من هذا الضمان ، بأن يعاون فى التأشير على هامش القيد اذا كان الضمان هو رهن رسمى أو رهن حيازى عقارى أو حق امتياز عقارى أو حق اختصاص ، وبأن يسلم للمحال له سند الكفالة اذا كان الضمان هو كفيل شخصى .

= مصر بأن التنازل عن اليمين يعتبربمثابة عقد بيع بمقتضى المادة ٣٤٨مدنى. فتسرى عليه قواعد البيع ، ويكون للبائع حق حبس المبيع اذا لم يكن سلمه الى المشترى ، كما يجوز له أن يسترد المبيع اذا كان قد سلمه اليه (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧) . واذا لم يوف المحال له القسط الأخير من مقابل الحوالة للمحيل ، وكانالمحيل قد اشترط فى هذه الحالة أن يكون له حق تقدم على الحق المحال به فيما يتبقى من المقابل ، لم يجز للمحيل أن يفسخ الحوالة ، وحل محل المحال له فى جزء من الحق المحال به بمقدار ما تبقى من المقابل (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن امتناع المحيل عن تسليم المستندات المثبته للحق المحال به لايجيز الرجوع عليه بالضمان الا اذا ترتب عليهاستحالة استيفاء المحال له الحق المحال من المدينين المحال عليهما اذ يعتبر عندئذعائقا يحول دون حصول المحال له على هذا الحق فيضمنه المحيل متى كان بفعله الشخصى : نقض مدنى ٩ فبراير ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٥١ ص ٣٢٥ .

(٢) ويمكن ايداع السند عند أمين لحساب كل من المحيل والمحال له . واذا كان السند ورقة رسمية ، جاز استخراج صورة منها للمحال له أوللمحيل (بودرى وسينيا فقرة ٨٠٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٥).

المطلب الأول

انتقال توابع الحق المحـال به

٢٧٥ ــ **انتقال ضمانات الحق** :قدمنا أن المادة ٣٠٧ مدنى تقضى بان تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن • وهـذا طبيعي ، فان ضمانات الحق هي من توابعـه ، ومن شانهـا ان تؤكده وتقويه • ولا شك فى أن المحال له اعتمد عليها عندما حول له الحق • فما لم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على عدم انتقال هـذه الضمانات أو بعضها ، فانها تنتقل من غير حاجة الى ذكر ذلك فى عقـد الحوالة بحكم انها من توابع الحق المحال به (١) •

وقد ذكر النص الكفالة والامتياز والرهن ، ولم يذكر ذلك عـلى سبيل الحصر ، بل على سبيل التمثيل • فكل ضمانات الحق المحـال به تتبعه وتنتقل معه الى المحال له ، سواء كانت هذه الضـمانات عينيـة كالرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازى وحقوق الامتياز ، أو كانت شخصية كالكفالة والتضامن وعدم القابلية للانقسـام •

فاذا كان للحق المحال به كفيل شخصى ، بقي هذا الكفيل ضـامنا الحق للمحال له كما كان ضامنا ايـاه المحيـل ، ولا حـاجة لرضـائه بالحوالة (٢) اذ هو يكفل المدين ، وشخص المدين المدين هـو الذى يعنيه والمدين لم يتغير وانما تغير الدائن ، شأنه فى ذلك شأن المدين نفسه وقـد تغير عليه الدائن دون حاجة الى رضاه • على أنه لابد من اعلان الكفيل بالحوالة أو قبوله لها حتى يعلم بها ، فانه اذا كان لا يعلم بالحوالة ووفى الدين عن المدين كان الوفاء صحيحا مبرئا لذمته •

واذا كان المدينون فى الحق المحال به متعددين وكانوا متضامنين ، فان الحق ينتقل الى المحال له قبل هؤلاء المدينين المتضامنين جميعـا ،

---

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٩ •
(٢) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٥ •

ولابد من اعلانهم كلهم بالحوالة أو قبولهم لها حتى تنفذ فى حقهم كما سبق القول • وكذلك الأمر لوكان الدين غير قابل للانقسام وكان مدينوه متعددين (١) •

٢٧٦ ـ انتقال ما حل من فوائد وأقساط : وتقول المادة ٣٠٧ مدنى أيضا ان حوالة الحق تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط • وقد قدمنا أن الحق ينتقل بصفاته الى المحال له ، فلو كان حقا مقسطا أو كان حقا ينتج فوائد ، انتقل على هذه الصفة • ويكون للمحال له فى هذه الحالة الحق فى قبض الفوائد والأقساط التى لم تحل ، ولو كان ذلك عن مدة سابقة على عقد الحوالة • فلو أن حقا ينتج فوائد قسط أقساطا سنوية ، ويحل القسط الأول منه هو والفوائد فى آخر عام ١٩٥٧ ، وحول الحق فى آخر شهر يونيه سنة ١٩٥٧ ، فان المحال له يستحق أقساط الحق وفوائده ، ويدخل فى ذلك القسط الاول ولو أن بعضه عن نصف سنة سابقة على صدور الحوالة ، ويدخل فى ذلك أيضا فوائد الحق جميعها ولو أن بعضها مستحق عن نصف السنة السابقة على الحوالة •

بل ان المحال له يستحق ما حل فعلا وقت صدور الحوالة من فوائد وأقساط مادام المحيل لم يقبضه • فلو أن الحوالة فى المثل المتقدم صدرت بعد آخر عام ١٩٥٧ ، ولم يكن القسط الاول والفوائد قد دفعت قبل صدور الحوالة ، فان المحال له يستحقها جميعا ولو أنها مستحقة عن مدة كلها سابقة على الحوالة • ذلك أنها تعتبر من توابع الحق المحال به ، فما لم يحتفظ المحيل بها صراحة أو ضمنا ، فان

---

(١) وتنتقل أيضا مع الحق المحال به كل ميزة اخرى متصلة بالحق ولو لم تكن ضمانا له • فلو أن مستأجرا حصل من المؤجر فى عقد الايجار على وعد ببيع العين المؤجرة ، ثم نزل المستأجر عن الايجار الآخر ، فان المتنازل له ينتقل اليه حق المستأجر فى الايجار ومعه الحق فى الوعد بالبيع الصادر من المؤجر (انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨١١) •

المفروض أنه قبل أن تنتقل مع الحق المحال به الى المحال له ، شأنها فى ذلك شأن التوابع الأخرى (١) •

٢٧٧ ـ انتقال الدعاوى التى تؤكد الحق المحال به دون الدعاوى التى تنافيه : وقد يصحب الحق المحال به دعاوى بعضها تؤكده وبعضها تنافيه ، فالدعاوى التى تؤكده هى التى تنتقل معه الى المحال له لأنها تعتبر من توابع الحق ، (٢) أما الدعاوى التى تنافيه فهى تتعارض معه ولا تعتبر من توابعه فلا تنتقل الا باتفاق خاص بين المحيل والمحال له •

ولايضاح ذلك نفرض أن البائع قبل أن يستوفى الثمن من المشترى حول هذا الحق الى آخر وكان البائع يحق له أن يبطل هذا البيع لسبب يرجع أما الى نقص فى الأهلية أو الى عيب فى الارادة كغلط أو تدليس أو اكراه • فهنا صحب الحق المحال به دعويان : الأولى دعوى الفسخ

---

(١) دير لنتون ١٦ فقرة ٥٠٧ ـ هيك ٣ فقرة ٤٤٨ ـ بودرى وسينيافقرة ٨١٠ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٢ ـ ص ٥١٣ ـ انظر عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٥٣٣ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ كان من المقرر أن الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحال الى المحال له بصفاته ودفوعه ، كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوى التى تؤكده ، وكانت الدعوى الماثلة قبل المحال عليه بطلب الحق المحال به التى رفعها المطعون عليه الاول بوصفه محالا له دعوى تؤكد الحق المحال به فتعتبر من توابعه وتنتقل ، فان قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة يصادف صحيح القانون : نقض مدنى فى ٢٧ يناير ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٥٨ ص ٢٥٧ •

وقضت ايضا بان الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحيل الى المحال له بصفاته ودفوعه كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوى التى تؤكده • واذ كان الطاعن المحال عليه قد دفع امام محكمة الاستئناف بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة لعدم وجودعقد ايجار أو اى عقد آخر يربطه بالمطعون عليها وكانت الدعوى الماثلة التى رفعتها المطعون عليها بوصفها محال لها ـ دعوى تؤكد الحق المحال به فتعتبر من توابعه وتنتقل معه ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدفع المشار اليه استنادا الى حوالة عقد الايجار الى المطعون عليها ، يكون قد اصاب صحيح القانون : نقض مدنى فى ١٦ مايو ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٤٧ ص ١٢٦١ •

لعدم وفاء المشترى بالثمن ، والأخرى دعوى الابطال لنقص الأهلية أو للعيب فى الارادة ٠

أما دعوى الفسخ فمن شأنها أن تؤكد الحق المحال به ، اذ هى بمثابة ضمان للبائع لاستيفاء حقه من المشترى ، وتعدل حق الامتياز على المبيع ٠ واذا كان حق الامتياز يكفل للبائع أن يستوفى الثمن ببيع العين المبيعة جبرا على المشترى ، فان دعوى الفسخ تكفل للبائع أن يسترد العين المبيعة ذاتها ، وقد يكون مجرد التهديد بها كافيا لدفع المشترى الى الوفاء بالثمن (١) ٠ ومن ثم تنتقل دعوى الفسخ بالحوالة من المحيل الى المحال له (٢) ، ويستطيع هذا اذا لم يستوف من المشترى الثمن المحال به أن يفسخ البيع كما لو كان هو البائع ويأخذ العين المبيعة بدلا من الثمن (٣) ٠

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨١٢ ص ٨٥٣ ـ ص ٨٥٤ ٠

(٢) الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٢٩ ص ٢١٨ ٠

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لاعلانه بها فان للمحال له أن يقاضيه فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة الى اختصام المحيل لان الحق المحال به ينتقل الى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه لانها تكفل للمشترى ان يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به : نقض مدنى فى ٢٢ فبراير ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٤ ص ٣٥٧ ٠

(٣) استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٧ ـ انظرعكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٥١٥ ـ الأستاذ شفيق شحاتة فى الحوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص ٤٢٠

على أن هناك حالات لا يستطيع فيها المحال له أن يفسخ البيع ويأخذ المبيع من المشترى ، وذلك عندما يكون المبيع متصلا اتصالا وثيقا بملك البائع، كما اذا كان حق ارتفاق رتبه البائع للمشترى على أرضه أو حائطا جعله البائع مشتركا بينه وبين المشترى ٠ ففى مثل هذه الحالات مقتضى الفسخ أن يزول الارتفاق ولكن لمصلحة البائع لا لمصلحة المحال له ، أو أن ترجع الحائط ملكا خالصا ولكن للبائع لا للمحال له ، فلا يفيد المحال شيئا من الفسخ ٠ ومن ثم تستعصى طبائع الأشياء على أن يكون له دعوى الفسخ ، فلا تنتقل هذه الدوى مع الحق المحال به الى المحال له (انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨١٣) ٠

وأما دعوى الابطال فانها تنافى الحق المحال به • ذلك أن البائع اذا حول الثمن ، فهو بهذه الحوالة يؤكد وجوده فى ذمة المشترى ، ومما ينافى هذا التأكيد ابطال البيع - وهو مصدر الالتزام بالثمن - لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الارادة • والبائع ، عند الحوال بالثمن ، اما أن يكون عارفا بوجود دعوى الابطال ، فاقدامه على حوالة الثمن يعتبر اجازة ضمنية للبيع ، واما أن يكون غير عارف بوجود هذه الدعوى ، فلا يمكن افتراض أنه أراد تحويلها • ومن ثم لا تنتقل دعوى الابطال مع الحق المحال به ، لأنها لا تعتبر من توابع هذا الحق ، اذ هى لا تؤكد وجوده بل تنفى هذا الوجود • كل ذلك ما لم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على انتقال دعوى الابطال مع الحق المحال به [1] •

المبحث الثانى

التزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له

٢٧٨ - مسألتان : اذا استعرضنا نصوص المواد ٣٠٨ - ٣١١ مدنى السالف ذكرها ، وهى النصوص الخاصة بالتزام المحيل بضمان الحق المحال به ، وجدنا أن هناك مسألتين : ١ - ما يضمنه المحيل للمحال له ٢ - وما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان •

المطلب الأول

ما يضمنه المحيل للمحال له

٢٧٩ - حالات مختلفة : أول ما يضمن المحيل أفعاله الشخصية ،

---

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ٤٩ - جيللوان ٢ فقرة ٨٤٩ - هيك ٢ فقرة ٤٤٩ - بودرى وسينيا فقرة ٨١٢ ص ٨٥٢ - ص ٨٥٣ - وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٥ •

فان المادة ٣١١ مدنى تنص كما رأينا ، على أن « يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » •

ثم هو بوجه عام يضمن — عدا أفعاله الشخصية — وجود الحق الذى حوله ، وهذا هو الضمان بحكم القانون (garantie de droit) ويجب التمييز فى ذلك بين ما اذا كانت الحوالة بعوض أو كانت بغير عوض •

وقد يتفق مع المحال له على ضمان أخف أو أشد من هذا الضمان الذى يفرض عليه بحكم القانون ، وهذا هو الضمان الاتفاقى أو الضمان الواقعى (garantie de fait) وهنا أيضا يجب التمييز بين الحوالة بعوض والحوالة بغير عوض •

فتجتمع لنا بذلك الحالات الآتية : ١ — ضمان المحيل لأفعاله الشخصية • ٢— الضمان فى الحوالة بعوض بحكم القانون • ٣ — الضمان فى الحوالة بعوض بحكم الاتفاق • ٤ — الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم القانون • ٥ — الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق •

٢٨٠ — ضمان المحيل لافعاله الشخصية : يضمن المحيل للمحال له جميع الأفعال التى تصدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو زواله •

فيكون مسئولا ، بحكم هذا الضمان ، اذا هو بعد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، استوفى الحق من هذا الأخير ، سواء كان متواطئا معه أو غير متواطىء ، وسواء كان المدين يعلم بصدور الحوالة أو لا يعلم • فان فعل ذلك ، رجع عليه المحال له بالضمان على الوجه الذى سنبينه ، لأن المحيل مسئول عن الفعل الشخصى الذى صدر منه بعد صدور الحوالة ، وهذا الفعل هو استيفاء الحق من المدين •

ويكون مسئولا أيضا ، بحكم هذا الضمان ، اذا هو بعد الحوالة ،

وقبل صيرورتها نافذة فى حق الغير ، تصرف فى الحق المحال به تصرفا مناقضا للحوالة الأولى ، بأن باعه مرة أخرى أو وهبه أو رهنه أو أجرى فيه أى تصرف آخر . فاذا عمد المحيل بعد الحوالة الأولى الى تحويل الحق مرة أخرى الى محال له ثان ، واستطاع هذا المحال له الثانى جعل حوالته نافذة فى حق المحال له الأول ، رجع المحال له الأول على المحيل بالضمان من جراء فعل شخصى صدر منه ، هو تصرفه فى الحق المحال به بعد أن حوله .

ويكون مسئولا كذلك ، بحكم هذا الضمان ، اذا عمد أحد دائنيه ، بعد صدور الحوالة وقبل صيرورتها نافذة فى حق الغير ، الى توقيع حجز تحفظى على الحق المحال به وصار هذا الحجز نافذا فى حق المحال له . فان المحال له فى هذه الحالة يرجع بالضمان على المحيل بسبب أن الحجز التحفظى ، وان لم يكن عملا شخصيا صادرا من المحيل نفسه ، هو عمل صادر من جهته وبسبب الدين الذى فى ذمته للدائن الحاجز .

والمحيل مسئول عن أفعاله الشخصية التى تصدر بعد الحوالة على النحو الذى قدمناه ، مادامت هذه الأفعال تنتقص من الحق المحال به أو تنتقص من توابعه كرهن أو أى ضمان آخر [١] . ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة بعوض أن بغير عوض ، وان يكون الضمان بحكم القانون أو بحكم اتفاق يشدد أو يخفف من مسئولية المحيل ، بل تتحقق المسئولية على النحو المتقدم حتى لو اشترط المحيل عدم الضمان . فالمسئولية هنا ناشئة عن خطأ تقصيرى ، ولا يجوز الاتفاق على استبعاد أو تعديل المسئولية [٢] . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣١١ مدنى ،

---

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٥٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان النص فى المادة ٣١١ من القانون المدنى على ان يكون المحيل مسئولا عن افعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض أو اشترط عدم الضمان ، يدل على ان المحيل يضمن للمحال له جميع الافعال التى تصدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شانها الانتقاص من الحق المحال به أو توابعه او زواله . ويستوى فى ذلك ان تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض ولو اشترط المحيل عدم الضمان ، ذلك ان مسئولية المحيل عن =

كما رأينا ، اذ تقول : « يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » (١) .

٢٨١ ـ الضمان فى الحوالة بعوض بحكم القانون : اذا كانت الحوالة بعوض ، ولم يكن هناك اتفاق خاص على الضمان بين المحيل له ، فان المحيل يضمن للمحال له . بحكم القانون (٢) ، وجود الحق

= افعاله الشخصيةتعتبر مسئولية تقصيرية لا يجوز الاتفاق علىالتحللمنها أو تعديلها ، فاذا عمد المحيل بعد انعقاد الحوالة وقبل صيرورتها نافذة فىحق المدين الى مطالبة المدين بالحق المحال به فأوفاه أو استصدر به حكما ضده فان الوفاء للمحيل ـان كان قد حدثـيكون صحيحا مبرئا لذمة المدين ولكن المحيل بمطالبته المحال عليه بالدين المحال يكون مسئولا قبل المحال لهبالضمان ولو كانا قد اتفقا على عدم الضمان : نقض مدنى فى ٢٥ يونيه ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الثانى رقم ٣٢٧ ص ٧٤٦ .

(١) وقد يقال أن المسئولية هنا ناشئة عن عقد الحوالة ، وأن المادة٣١١ مدنى ليست تقريرا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية، بل هى تفرض على المحيل التزاما بضمان أفعاله الشخصية نشأ من تعاقده مع المحال له . ولكن يعترض هذا القول أنه لوصح لجاز للمحيل اشتراط عدم الضمان عن فعله الشخصى الذى لا يعتبر غشا أو خطأ جسيما ، اذ يجوز للمدين فى المسئولية العقدية أن يشترط اعفاءه من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم (م ٢/٢١٧ مدنى) ، فى حين أن المادة ٣١١ مدنى تبطل اشتراط عدم الضمان عن أى خطأ ، دون تمييز بين خطأ وخطأ . ومهما يكن من أمر ، فانه اذا تحققت مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية ، كان ملتزما بتعويض المحال له تعويضا كاملا ، ولا يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات . وهذا الحكم يتمشى ، لا فحسب مع قواعد المسئولية التقصيرية ، بل ايضا مع قواعد المسئولية العقدية . أما ما نصت عليه المادة ٣١٠ مدنى من أن التزام المحيل بالضمان يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك فان هذا لا يشمل مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية، اذ أن هذه المسئولية لا يتناولها حكم المادة ٣١٠ مدنى كما سيأتى (انظر فقرة ٢٨٥) .

(٢) نقول بحكم القانون ، أى دون أن تكون هناك حاجة الى اتفاقخاص، والا فان الالتزام بالضمان مصدره عقد الحوالة ، الذى التزم المحيل بموجبه أن ينقل الحق المحال به الى المحال له ، ولم يقم بالتزامه . تبقى حالة ما اذا كان الحق المحال به غير موجود أصلا ، اذ قد يقال ان الحوالة فى هذه الحالة تكون باطلة لانعدام محلها ، والعقد الباطل لا ينشىء التزاما بالضمان ، اذ لايترتب اثر على العقد الباطل. والقولبأن أساس الالتزام بالضمان فىهذه =

المحال به وقت الحوالة (١) » . وهذا هو ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ مدنى ، فقد رأينا انها تنص على انه ، اذا كـانت الحوالة بعوض ، فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة (٢).

ويكون الحق المحال به غير موجود وقت صدور الحوالة ، فيجب على المحيل الضمان ، اذا كان مصدرها هذا الحق عقدا باطلا (٣) . فاذا كان مصدر الحق عقدا قابلا للابطال لمصلحة المدين الذى ترتب الحـق فى ذمته ، وأبطله هذا فعلا ، صار الحق غير موجود ووجب الضمان على

= الحالة هو الخطأ عند تكوين العقد (انظر الاستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢٦ هامش رقم ١) يعارضه أن المشرع المصرى قد استبعد هذه النظرية بعد ان كان المشروع التمهيدى (م ٢٠٤ من المشروع) قد نص عليها . فلا يبقى اذن الا القول بأن المسئولية هنا مسئولية قانونية ، حدد القانون (م ٣٠٨ مدنى) نطاقها ، فجعل الجزاء فيها مقصورا على رد الثمن والمصروفات ولم يجعله تعويضا كاملا ، واجاز استبعادهـــا باتفاق خاص . أما اذا قلنا بأن المسئولية لا تزال مسئولية عقدية ، فلابد من افتراض أن عقد الحوالة اذا وقع على حق غير موجود يبقى قائما من حيث الزام المحيل بالضمان . فكأن الحوالة تفترض وجود عقد آخر الى جانبها يلزم المحيل بالضمان اذا كان الحق المحال به غير موجود فاذا كانت الحوالة باطلة لانعدام محلها ، فان هذا العقد الآخر يبقى قائما وهو مصدر الالتزام بالضمان (ويؤيد ذلك أن الحوالة فى التقنين الألمانى تشتمل على اتفاق ناقل للالتزام وهذا عقد مجرد واتفاق منشىء لالتزامات شخصية : انظر ما يلى فقرة ٣١٣ فى الهامش) . أو يقال ان عقد الحوالة الباطل قد تحول هو ذاته الى عقد منشىء للالتزام بالضمان ، طبقا لنظرية تحول العقد : انظر المادة ١٤٤ مدنى ، وانظر فى هذا المعنى فيما يتعلق ببيع ملك الغير الأستاذ سليمان مرقس والأستاذ محمد على امام فى عقد البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦١ — ص ٤٦٢ .

(١) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢ — مصر مستعجل ٢٨ يوليه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ١٨١ ص ٤١٨ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ .

(٣) ومثل ذلك ايضا اذا اعطى صراف عميلا ورقة « بنكنوت » مزورة ، ولو كان الصراف يجهل تزويرها ، فان تسليم الورقة الى العميل يعد بمثابة حوالة حق غير موجود ، فيلتزم الصراف بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨١٩) . وكان فى عهد التقنين المدنى الأهلى السابق يجب الضمان على المحيل اذا لم يقبل المدين الحوالة (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٥٨ .

المحيل ، حتى لو كان الحكم بالابطال قد صدر بعد صدور الحـوالة ، لأن للابطال أثرا رجعيا فيعتبر الحق كأنه لم يوجـد أصـلا ، ومن ثم لا يكون موجودا وقت صدور الحوالة (١) . ويجب الضمان أيضا على المحيل اذا كان الحق المحال به قد انقضى قبل صدور الحوالة بأى سبب من أسباب الانقضاء ، كأن يكون المحيل قد استوفاه أو قضاه بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالابراء أو أن يكون الحق قـد انقضى بالتقادم . أما اذا كان الحق قد انقضى بعد صدور الحوالة بفعل المحيل، كما اذا كان قد استوفاه أو جدده أو أبرأ منه ذمة المدين بعد أن صدرت منه الحوالة ، فانه يكون ملتزما بالضمان ، ولكن بسبب فعل شخصى قد صدر منه على النحو الذى قدمناه . ويصح أيضا أن يكون الحق المحال به قد انعدم وقت صدور الحوالة ، فيجب الضمان على المحيل ، اذا كان هذا الحق معلقا على شرط فاسخ ولا يعلم المحال له بهذا الشرط ، ثم تحقق الشرط الفاسخ قبل صدور الحوالة أو بعد صدورها ، فينعـدم الحق بأثر رجعى ويتبين أنه لم يكن موجودا وقت الحوالة ، فيكـون المحيل ملتزما بالضمان . أما لو كان المحال له يعلم أن الحق معلق على شرط فاسخ وقبل الحوالة على هذا الوصف ، ثم تحقـق الشرط بعـد صدور الحوالة ، فانه لا يرجع بالضمان على المحيل .

كذلك يكون الحق غير موجود قبل صدور الحوالة ، فيجب عـلى المحيل الضمان ، اذا ظهر أن المحيل كان قد تصرف فيه قبل حوالته ، بأن كان مثلا ، بموجب حوالة سابقة ، قد باعه أو وهبه أو رهنه وأصبحت هذه الحوالة السابقة نافذة فى حق الغير . أما اذا كان التصرف قد صدر بعد انعقاد الحوالة ولكنه أصبح نافذا قبل نفاذها ، فان المحيل يكـون

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨١٩ — ولكن اذا كان الحق المحال به فى ذمة قاصر ، وحوله الدائن الى محال له بأن الحق قابل للابطال بسبب قصر المدين، لم يكن للمحال له الرجوع بالضمان على المحيل اذا طلب القاصر ابطال العقد (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٥٦) .

ملتزما بضمان فعله الشخصى على النحو الذى قدمناه (١) ٠

وكما يكون المحيل ملتزما بضمان وجود الحق ، يكـون أيضـــا ملتزما بضمان وجود توابعه التى تنتقل معه ٠ فان كان للحق المحـال به تأمين ، كرهن أو امتياز أو كفالة ، ضمن المحيل للمحال لـه ، بحـكم القانون ودون حاجة الى اتفاق خاص ، هذا التأمين (٢) ٠ وهو لا يضمن الا وجود التأمين فى ذاته ، أى وجود الرهن أو الامتياز أو الكفالة ، دون أن يضمن كفاية الرهن أو الامتياز أو ملاءة الكفيل الا اذا كان بينـه وبين المحال له اتفاق خاص على ذلك ، وفى هذه الحالة نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون الى نطاق الضمان الاتفاقى (٣) ٠

وضمان وجود الحق وتوابعه بحكم القانون انما ينصب على هذا الوجود وقت انعقاد الحوالة ٠ فاذا كان كل من الحق وتوابعه موجودا فى ذلك الوقت ، فقد برئت ذمة المحيل من الضمان ، ولو انقضى الحق أو شىء من توابعه بعد ذلك بسبب لا يرجع الى المحيل ٠ مثـل ذلك أن

---

(١) كذلك اذا تبين أن دائنا للمحيل قد حجز حجزا تحفظيا على الحق المحال به قبل صدور الحوالة ، فان المحيل يكون ملتزما بالضمان ٠ أما اذا كان الحجز قد وقع بعد صدور الحوالة ولكان قبل نفاذها فى حق الدائن ، فان المحيل يكون مسئولا عن ضمان فعله الشخصى كما سبق القول ٠

وللمحال له ، اذا كان قد اشترى الحق المحال به وخشى من استحقاقه ، أن يحبس الثمن حتى يزول التعرض أو حتى يقدم المحيل كفيلا ، لان المحال له يكون فى مركز المشترى (م ٢/٤٥٧ مدنى) ٠ ويتحقق ذلك ، فيجـوز للمحال له حبس الثمن ، اذا وقع المدين حجزا تحفظيا تحت يد نفسه قبـل نفاذ الحوالة فى حقه (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢) ٠ ويكفى أن يكون الحق المحال به معرضا لخطر الاستحقاق ، دون أن يكون قد استحق فعلا (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٣) ٠

(٢) وقد قضت محكمة طنطا بأن الضمان يشمل وجود الدين والتأمينات المتعلقة به والتى تعتبر من توابعه ، فاذا ثبت أن العين المرهونة رهن تأمين لدين محول لآخر لم تكن مملوكة للراهن بل مملوكة لغيره من وقت البيع ، كان التحويل لاغيا ، وترتب عليه الزام المحيل برد القيمة للمحال له (٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦١ ص ٢٢٤) ٠

(٣) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ ص ٥٢٧ ٠

يكون الحق قد بدأ التقادم يسرى ضده قبل صدور الحوالة دون أن يكتمل . فالحق يكون موجودا وقت الحوالة ولا ضمان على المحيل ، حتى لو أن التقادم اكتمل بعد ذلك وسقط الحق (١) . كذلك لو كان للحق المحال به تأمين هو رهن رسمي مقيد ، ولم يكن قد مضى على القيد وقت الحوالة عشر سنوات ، فان الرهن يكون محفوظا وقت صدور الحوالة ، فلا ضمان على المحيل ، حتى لو انقضت العشر السنوات بعد صدور الحوالة فسقط القيد قبل أن يجدده المحال له (٢) .

ومادام المحيل لا يضمن الا وجود الحق وتوابعه ، فهو لا يضمن يسار المدين (٣) ، الا اذا كان هناك اتفاق بينه وبين المحال له على هذا الضمان ، وعندئذ نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون الى نطاق الضمان الاتفاقي . ومع ذلك يضمن المحيل يسار المدين دون أن يدخل في نطاق الضمان الاتفاقي ، اذا كان يعلم أن المدين معسر وقد أخفى

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التزام المحيل باعتباره ضامنا بالاتفاق هو كالتزام كل كفيل التزام تبعي ، فاذا زال الدين بمضي المدة سقط تبعا التزام المحيل (١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦/٧ و ٨ و ٩ و ١٠/١٣٦) . ويمكن تخريج هذا الحكم على أساس أن ذمة المحيل قد برئت من الضمان لوجود الحق وقت صدور الحوالة ، دون حاجة الى تشبيه المحيل بكفيل للمدين .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٢١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ - الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٠ . لكن اذا كان سبب زوال التأمين يرجع الى وقت سابق على الحوالة ، فان المحيل يكون ضامنا لزوال التأمين . مثل ذلك أن يحول البائع الثمن بما يضمنه من حق امتياز ، ثم يشهر افلاس المشترى ويحكم ببطلان الامتياز لحصول القيد في المدة المشتبه فيها (période suspecte) وهى سابقة على الحوالة ، ففى هذه الحالة يرجع سبب بطلان الامتياز الى وقت سابق على الحوالة ، اذ المفروض أن البيع الذى هو مصدر الامتياز قد صدر قبل الحوالة ، وأبطل الامتياز بعد الحوالة ولكن لسبب يرجع الى وقت سابق عليها ، فيلتزم المحيل بالضمان . وهذا بخلاف ما اذا كانت الحوالة قد صدرت قبل المدة المشتبه فيها ، فرجع سبب بطلان الامتياز الى سبب لاحق لصدور الحوالة ، فان المحل لا يلتزم فى هذه الحالة بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨٢١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢) .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٦ .

غشا هذا الاعسار عن المحال له ، وهنا يكون الضمان ناشئا عن الغش لا عن عقد الحوالة [1] .

وغنى عن البيان أن المحيل انما يضمن وجود الحق اذا كان غير متنازع فيه . أما اذا كان الحق متنازعا فيه وقد حوله بهذا الوصف ، فانه لا يضمن للمحال له وجوده ، اذ أنه انما حول مجرد ادعاء بحق ولم يحول حقا محقق الوجود ، فالحوالة هنا عقد احتمالى [2] .

٢٨٢ ــ الضمان فى الحوالة بعوض بحكم الاتفاق : وما قدمناه هو الضمان بحكم القانون فى الحوالة بعوض . ولكن قد يتفق المحيل والمحال له على تخفيف هذا الضمان أو على تشديده .

يتفقان على تخفيف الضمان اذا اشترط المحيل مثلا أنه لا يضمن توابع الحق المحال به . فاذا كان هذا الحق مضمونا برهن ، واشترط المحيل عدم ضمان هذا الرهن ، فانه لا يكون مسئولا اذا تبين أن الرهن باطل ، أو أنه قابل للابطال وأبطله الراهن ، أو أنه غير موجود لأى سبب آخر . وتوابع الحق المحال به تنتقل معه كما قدمنا دون حاجة الى ذكر ذلك فى عقد الحوالة ، ويضمن المحيل ، دون حاجة الى ذكر ذلك أيضا ، وجود هذه التوابع . فاذا أراد المحيل ألا يضمن وجودها ، فلابد فى ذلك من اتفاق خاص مع المحال له يقضى بعدم ضمان توابع الحق ، وفى هذا الاتفاق تخفيف لاضمان بحكم القانون كما هو ظاهر .

بل قد يصل الاتفاق على تخفيف الضمان بحكم القانون الى محوه أصلا ، فيشترط المحيل ألا يضمن وجود الحق المحال به ذاته . ويقع ذلك غالبا اذا كان المحيل غير مستوثق من أن الحق الذى يحوله هو حقه ، فيشترط عدم الضمان حتى اذا تبين أن الحق ليس له لم يكن مسئولا عن الضمان ، أو يكون المحيل غير متأكد من أن الحق الذى يحوله غير خال من

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٣ وفقرة ٨٢٩ .

(٢) وفى هذه الحالة يجوز للمدين أن يتخلص من مطالبة المحال له اذا هو رد اليه الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ٤٦٩ مدنى) ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

العيوب ، فيصطنع الحيطة ويشترط عدم الضمان (١) . ولا شك فى أن المحيل ، باشتراطه عدم الضمان على هذا الوجه ، يعرض المحال له الخطر له عادة ما يقابله ، فيغلب أن يكون الثمن الذى يتقاضاه أقل بكثير من قيمة الحق المحال به . وقد يستخلص شرط عدم الضمان من الظروف، فاذا باع المحيلحقامتنازعا فيه، سواء رفعت به الدعوى أو قام فىشأنه نزاع جدى ، وكان المحال له يعلم شأن هذا النزاع ، فالمفروض ــ مالم يتفق على غير ذلك ــ أن البائع لا يضمن وجود الحق . ويؤكد هذا الافتراض أن يبيع المحيل الحق المتنازع فيه بثمن بخس ، يدخل فى تقديره احتمال خسارة الدعوى (٢)

---

(١) وفى مثل هذه الاحوال يكون المفروض أن المحيل إنما يحتاط لأمره فاذا تحققت مخاوفه وظهر أن الحق غير موجود أو أن به عيوبا تشوبه ، لم يكن مسئولا عن تعويض المحال له ، وانما يبقى ملتزما برد ما عليه مع الفوائد والمصروفات كما سنرى . ولكن قد يصل الاتفاق على محو الضمان الى حد أن تصبح الحوالة عقدا احتماليا ، فيشترط المحيل الا يكون ضامنا لوجود الحق وانه غير ملتزم برد شىء الى المحال له اذا ظهر ان الحق غير موجود ، وفى هذه الحالة يكون الحق المحال به هو مجرد ادعاء حتى يرد ما استولى عليه . ولكن مثل هذا الشرط لا يفترض ، بل يجب أن يكون واضحا لا شك فيه . وأكثر ما يقع ذلك فى حوالة الحقوق المتنازع فيها (بودرى وسينيا فقرة ٨٢٥ ص ٨٦٤ ــ ص ٨٦٦ ــ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ ــ ص ٥٢٨ ص ٥٢٩ ــ وانظر أيضا : استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ ــ ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٦) .

(٢) ومثل هذه الحوالة تسرى عليها أحكام بيع الحقوق المتنازع فيها (م ٤١٩ ــ ٤٧٢ مدنى) وقد سبقت الاشارة الى ذلك . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٤٣ من المشروع تجرى على الوجه الآتى : « اذا كان الحق المحال به متنازعا فيه ، فتسرى على الحوالة أحكام المواد الخاصة باسترداد الحقوق المتنازع عليها » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، اذ أن حكمه يستفاد بداهة من وجود نصوص خاصة ببيع الحقوق المتنازع فيها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٤ فى الهامش) .

ومما يقع فى العمل من الحوالات التى يشترط فيها عدم الضمان أن السنديك أو المصفى ، بعد أن يستوفى الحقوق الثابتة والحقوق التى يسهل استيفاؤها ، يبيع الحقوق الأخرى جملة واحدة مع اشتراط عدم الضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨٢٧) .

ويقع كثيرا أن الاتفاق على الضمان بين المحيل والمحال له يكـــون الغرض منه التشديد من أحكام الضمان المقررة بحكم القانون ، بدلا من التخفيف فيها • وأكثر ما يكون ذلك فى اشتراط المحال له على المحيل أن يضمن له ، لا لاوجود الحق المحال به فحسب ، بل أيضا يسار المدين • وقد رأينا أن المادة ٣٠٩ مدنى تنص على أنه « لا يضمن يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان • ٢ — واذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ، مالـــم يتفق على غير ذلك » (١) •

فاذا اشترط المحال له على المحيل ضمان يسار المدين (٢) ، ولم يبين أى يسار يعنى ، فان اليسار المضمون ينصرف الى يسار المــدين وقت انعقاد الحوالة ، وذلك تفسيرا للشرط بما هو فى مصلحة الملتزم وهو هنا المحيل • فاذا كان المدين موسرا وقت انعقاد الحوالة ، فان ذمة المحيل تبرأ من الضمان ، حتى لو أعسر المدين بعد ذلك ولو قبل صــــــيرورة الحوالة نافذة فى حقه • وغنى عن البيان أن ضمان المحيل ليسار المــدين وقت الحوالة لا يكون الا باتفاق خاص ، ومن غير هذ الاتفاق لا يضمن المحيل الا وجود الحق ، فلا يضمن يســـار المدين أصلا ولو وقت انعقاد الحوالة ، وحتى لو كان عالما بأعساره • فما دام لم يضمن اليسار باتفاق خاص ، فان علمه بهذا الاعسار لا يقوم مقام الاتفاق (٣) • وعلى المحال

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ •

(٢) ولا يكفى اشتراط الضمان اطلاقا ، فان هذا يتصرف الى الضمان بحكم القانون ، بل يجب تعيين الواقعة المضمونة ، فيشترط ضمان اليسار (بودرى وسينيا فقرة ٨٣٠ — فقرة ٨٣١) • انظر فى بعض عبارات مألوفة فى اشتراط الضمان وفى تفسير هذه العبارات :أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٥ — ص ١٦٦ — بودرى وسينيا فقرة ٨٣٢ — فقرة ٨٣٣ — انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession de créance فقرة ٥١٤ وما بعدها •

(٣) وقد جاء فى الموجز للمؤلف : « ويلاحظ أن هذا التشديد يجب أن يكون باتفاق صريح ، فلا يمكن افتراضه ، كما اذا اعطى المدين على نفســـه سندا مدنيا تحت اذن الدائن متبعا فى ذلك الشكل التجارى فاذا حـــول =

له قبل ان يقدم على قبول الحوالة أن يتحرى عن حالة المدين ومقدار ملاءته ، فاذا لم يستطيع أن يتثبت من ذلك ففى القليل كان الواجب عليه أن يشترط على المحيل ضمان اليسار ، فاذا هو لم يفعل ، لا هذا ولا ذاك ، كان التقصير فى جانبه ولا يلومن الا نفسه (١) ، على أنه اذا أخفى المحيل غشا عن المحال له اعسار المدين ، كان مسئولا ، لا بموجب عقد الحوالة ، بل بسبب الغش ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (٢) ،

فاذا أراد المحال له ان يضمن المحيل يسار المدين فى الاستقبال ، اى عند حلول ميعاد الوفاء بالحق المحال به ، وجب عليه أن يبين ذلك فى الشرط الذى يأخذه على المحيل ، فلا يكتفى باشتراط ضمان اليسار دون تعيين ، واشتراط يسار المدين عند حلول الحق المحال به هو الذى يقع فى الكثير من الاحوال ، لأنه هو الذى يكفل للمحال له أكبر قدر من الضمان (٣) ، وعند ذلك يكون المحيل مسئولا اذا طالب المحال له المدين بالحق عند حلوله ، فوجده معسرا (٤) ، وليس من الضرورى أن تكون المطالبة فى اليوم نفسه الذى يحل فيه الحق ، بل يجوز أن تكون المطالبة

= الدائن هذا السند المدنى الى آخر ، فانه لا يكون ضامنا ليسار المحال عليه الا بشرط صريح ، ولا يكفى أن نقيس هذا السندا المدنى ، ولو كان قد اتخذ الشكل التجارى ، على السند التجارى المحض الذى يضمن فيه المحيل يسار المحال عليه وقت الوفاء ، على أن هذا الحكم ليس محل اتفاق » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٠ ص ٥٣٨ هامش رقم ١) ،

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٩ ،

(٢) شبين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٣٩ ص ٦٤٦ ـ انظر آنفا فقرة ٢٨١ ،

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٨٣٢ ـ فقرة ٨٢٣ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ ص ٥٢٠ هامش رقم ١ ،

(٤) وقد قضت محكمة استئناف اسيوط بان مركز المحيل فى حال الضمان الاتفاقى ليس الا مركز ضامن تتحدد مدى التزاماته بعبارة الضمان الواردة فى الحوالة ، فقد يكون ضامنا ليسار المدين وقت الحوالة ، وقد يكون ضامنا ليساره فى المستقبل ، وقد يكون ضامنا بسيطا ، وقد يكون متضامنا ، على أنه فى هذه الصور كلها لا يعدو صفة الضامن ، وان كان فى بعض النتائج القانونية اقل مسئولية منه (استئناف أسيوط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ ص ١٣٦) ،

فى خلال مدة معقولة من يوم الحلول ، فاذا كان المدين قد أعسر خلال هذه المدة المعقولة ، فان المحيل يكون مسئولا عن اعساره بموجب شرط الضمان • لكن اذا تأخر المحال له مدة طويلة بعد حلول ميعاد الوفاء فى مطالبة المدين ، وكان المدين موسرا خلال المدة المعقولة ثم أعسر بعد ذلك ، لم يكن المحيل مسئولا ، لان المحال له قد قصر بتأخره فى مطالبة المدين فى وقت كان فيه موسرا (١) • ومن بـاب أولى لا يكون المحيل مسئولا عن اعسار المدين لو أن هذا الأعسار كان بفعل المحال له نفسه، كما لو كان للحق المحال به ضمان فنزل عنه المحال له باختياره بأن شطب الرهن مثلا أو أبرأ ذمة الكفيل (٢) •

(١) وقد قضت محكمة طنطا بأن ضمان المحيل يسار المدين فى الاستقبال ينصرف الى موعد استحقاق الدين ، فانه فيه يلتزم بالوفاء ويضمنه مجموع ماله ، وعلى المحال له أن يسعى لاستيفاء قيمة الدين • فاذا أعسر المدين بعد ذلك ، فلا يضمن المحيل ذلك الاعسار ، الا اذا كانت الفترة التى وقعت بين موعد السداد والاعسار قليلة ـ لاتتسع لاستيفاء المحال به • فلا يملك المحال له تأجيل السداد صراحة باعطاء المدين مهلة أخرى، أو ضمنا باهمال اتخاذ الاجراءات التحفظية أو التنفيذية على مال المدين • فان فعل ، وأعسر المدين فى هذه الأثناء ، فلا رجوع على المحيل • واذا كان تأجيل الدائن سداد الدين لا يبرىء الكفيل من الكفالة بينما يبرىء المحيل من الضمان ، فلان للكفيل الحق قانونا فى مطالبة المدين بالوفاء عند حلول أجل الاستحقاق فتتوافر لديه بذلك الوسيلة لاتقاء اعسار المدين ، فاذا لم يفعل فيجب أن يتحمل النتيجة • أما المحيل فلا يملك ذلك بداهة ، فانه لم يعد دائنا بعد الحوالة (طنطا ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٨٧ ص ٥٥٤) • ومن هذا الحكم يتبين الفرق بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين وقت حلول الحق المحال به ومركز الكفيل • فان ذمة الكفيل لا تبرأ لمجرد أن الدائن تأجر فى اتخاذ الاجراءات

الكفيل • فان ذمة الكفيل لا تبرأ لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات

أو لمجرد أنه لم يتخذها ، وانما تبرأ ذمته ـ طبقا لأحكام التقنين المدنى الجديد (م ٢/٧٨٥) ـ اذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا • هـذا الى ان مصدر التزام الكفيل هو عقد الكفالة وهذا العقد يفترض عادة قيام علاقة وكالة أو فضالة بين الكفيل والمدين ، فان دفع الكفيل الدين عن المدين رجع عليه بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة • أما مصدر التزام المحيل بالضمان فمصدره عقد الحوالة نفسه الذى ورد فيه شرط الضمان ، ولا يفترض هذا الشرط عادة علاقة وكالة أو فضالة بين المحيل والمدين ، فان دفع المحيل الدين للمحال له وفاء لالتزامه بالضمان ، فالغالب الا يجد أمامه للرجـوع على المدين بما دفعه الا دعوى الاثراء بلا سبب •

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٣٧ ـ فقرة ٨٣٨ •

وحتى يستطيع المحال له الرجوع على المحيل بضمان اليســـار ، يجب عليه أولا أن يثبت أن المدين معسر • ولا يتسنى له ذلك الا اذا كان قد رجع فعلا على المدين وعلى جميع الضمانات التى تكفل الدين (١) ، فلم يتهيأ له أن يستوفى حقه • ومن ثم يكون للمحيل أن يطالب المحال له بتجريد المدين قبل أن يرجع عليه بضمان اليسار (٢) • وليس على المحيل أن يقدم للمحال له مصروفات التجريد ؛ فهو ليس بكفيــل للمدين حتى يلتزم بذلك • على أن للمحال له فى اثناء تجريده للمدين ، أن يتخذ ما يلزم من اجراءات تحفظية ضد المحيل ؛ حتى يتيسر له الرجــوع عليــه عندما يثبت بوجه قاطع اعسار المدين (٣) •

---

(١) وهذا فرق اخر بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين ومركز الكفيل • فالكفيل ليس له فى الأصل الا أن يطلب تجريد المدين نفسه ، فاذا كان للدين كفالة عينية ، كان للدائن أن يرجع على الكفيل الشخصى دون الكفيل العينى ، وعند ذلك يحل الكفيل الشخصى محل الدائن فى الرجوع على الكفيل العينى • أما المحيل الضامن ليسار المدين فله أن يطلب من المحال له الرجوع على الكفيل العينى للحق المحال به قبل الرجوع عليه هو • وسنرى حالا أن الكفيل ، دون المحيل الضامن لليسار ، يلتزم بتقديم مصروفات التجريد • ومن ذلك يتبين أن التزام المحيل الضامن لليسار هو بوجه عام أيسر من التزام الكفيل •

(٢) وقد قضى بأن حق المحال له فى الرجوع على المحيل بالضمان مقيد بحصول تجريد أموال المدين تجريدا فعليا بالبيع عقب استحقاق الوفاء ، اذ قبل ذلك لا يتحقق الاعسار • وهذا البيع يجب أن يشمل المدين وملك الغير المرتهن وفاء للسداد اذا كان هناك شىء من ذلك • وبمعنى آخر يجب أن يستنفد المحال له جميع وسائل السداد قبل الرجوع على المحيل (استئناف مصر ٨ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٠ _ ص ٥٤٣ _ طنطا ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٨٧ ص ٥٥٤) •

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٦ _ بودرى وسينيا فقــرة ٨٣٩ _ فقرة ٨٤٠ _ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ ص ٥٢٩ _ ص ٥٣٠ •

ومع ذلك فقد قضت محكمة الأسكندرية بأن شرط الرجوع على المحيل بالضمان قد جاء من أنه كفيل وضامن للمدين فى تحصيل الدين وقبضــه ، ويجوز فى هذه الحالة أن يطلب المحيل ، اذا لم يك ضامنا مضامنا ، رجوع المحال له أولا على المدين بطلب حق التجريد اذا توافرت شروطه ، وأيسرها الا يكون المحيل ضامنا متضامنا ، ويشترط ان يرشد المحيل الى أموال المدين ، وأن يقدم للمحال له مصروفات التجريد والمستندات الخاصة بذلك ، وأن يطلب ذلك صراحة قبل التكلم فى موضوع الدعوى (الأسكندرية ٢٣ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٣ ص ١١٩٠) •

واذا ضمن المحيل يسار الدين وقت حلول الحق المحـال به ، فانه لا يستطيع أن ياتى عملا من شأنه أن يناقض هذا الضمان ، والا كـان ساعيا فى نقض ما تم من جهته ، وكان سعيه مردودا عليه . ويتضح ذلك فى الحالة الاتية : اذا كان حق الدائن مقداره الف ، وقد حول منـه خمسمائة واستبقى لنفسه خمسمائة ، ولم يكن قد ضمن يسـار المدين ، فان كلا من المحيل والمحال له يطالب المدين بخمسمائة ، مقدار حصته فى الحق . فاذا لم يكن عند المدين الا خمسمائة ، فليست هناك أفضـلية للمحال له على المحيل (١) . ولا يبقى الا أن يقتسم الاثنان ما عنـد المدين اقتسام الغرماء . فيأخذ كل منهما مائتين وخمسين . اما اذا كان المحيل قد ضمن للمحال له يسار المدين وقت حلول الحق المحال به ، فعند ذلك لا يستطيع أن يزاحم المحال له فى الخمسمائة التى عند المدين ، بل يتقدم عليه المحال له ويأخذ كل الخمسمائة .ذلك أن مزاحمة المحيل للمحال له تناقض ضمانه ليسار المدين ، وما دام المحال له لم يستوف كل حقـه بقى ضمان المحيل قائما ، فلا يستطيع المحيل اذن ان ياخذ أى شىء من مال المدين قبل أن يستوفى المحال له حقه كما قدمنا (٢) .

٢٨٣ ــ **الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم القـانون** : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠٨ مدنى تقضى بأنه اذا كانت الحوالة بغير عوض « فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجـود الحق » . وقد كـان المشروع التمهيدى لهذا النص يضيف عبـارة « مالم يتفق على غير ذلك » (٣) .

---

(١) كذلك لا توجد أفضلية للمحيل على المحال له كما توجد هذه الافضلية للدائن الاصلى الذى حل محله شخص آخر فى جزء من الدين : انظر الفقرة الاولى من المادة ٣٣٠ .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٧ ــ بودرى وسينيا فقـرة ٨٤٣ ــ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٧ .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمـال التحضيرية ٣ ص ١٢٨ .

وقد قضت محكمة النقض بان عدم دفع المقابل فى الحوالة لايجعلها صوريه اذ تجيز المادة ٣٠٨ من القانون المدنى الحوالة بغير مقابل : نقض مدنى فى ٢٠ نوفمبر ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٢٢٠ .

فحذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة حتى يتمشى حكم النص مع حكم المادة ٣١٠ مدنى ، وهى تقضى كما رأينا بأنه اذا رجع المحال له بالضمان لم يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك . والمحيل بغير عوض لم يستول على شىء حتى يرده ، فلا يجوز اذن أن يلزم ولو باتفاق خاص أن يرد شيئا الى المحال لــه (١) .

وقد يفهم مما قدمناه أن المحيل بغير عوض لا يضمن شيئا للمحال له ، لا بحكم القانون ولا بموجب الاتفاق . الا أننا مع ذلك لا نسلم بهذا الحكم على اطلاقه ، اذ يجب تنسيق أحكام التقنين وتكميل نصوصـــه بعضها ببعض . فهناك المادة ٤٩٤ مدنى ، وهى تضع القاعدة العامة فى ضمان الواهب لاستحقاق الشىء الموهوب ، وتجرى على الوجه الآتى : « ١ - لا يضمن الواهب استحقاق الشىء الموهوب ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض .وفى الحالة الأولى يقدر القاضى للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر ، وفى الحالة الثانيـــة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما اداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ - واذا استحق الشىء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى » .

فحتى يمكن التوفيق بين نصوص التقنين المدنى ، نرى أن نطـــاق تطبيق المادة ٣١٠ هى الحوالة بعوض ويدخل فى ذلك الهبة بعوض ، لأن النص صريح فى أن المحيل قد استولى على شىء من المحال له فى مقابل الحوالة ، وهذا الشىء هو الذى يرده مع المصروفات والفوائد فى حالـــة تحقق الضمان . أما المادة ٤٩٤ مدنى فنطاق تطبيقها الحوالة بغير عوض ، أى الحوالة الصادرة على سبيل الهبة المحضة من غير أى عوض مقابل .

فاذا كانت الحوالة هبة بعوض ، ضمن المحيل بحكم القانون وجود الحق المحال به وفقا للفقرة الاولى من المادة ٣٠٨ . فاذا كان هذا الحق

---

(١) انظر انفا فقرة ٢٧١ فى الهامش - مجموعة الاعمال التحضـــيرية ٣ ص ١٢٣ .

غير موجود وقت الحوالة ، على الوجه الذى قدمناه ، ويجب الضمان على المحيل ، ورجع المحال له بهذا الضمان وفقا للمادة ٣١٠ مدنى ، فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه من عوض مع الفوائد والمصروفات على الوجه الذى سنبينه فيما يلى .

وأما اذا كانت الحوالة هبة محضة لا عوض فيها ، فان الذى ينطبق هو نص المادة ٤٩٤ مدنى . فاذا استحق الحق بــه ، كأن كان المحيل وارثا ظاهرا لهذا الحق مثلا ، أو تبين أن الحق غير موجود أصلا ، لـم يجب الضمان على المحيل (الواهب) الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو الا اذ كان عالما بانعدام الحق المحال به وأخفى ذلك غشا عن المحـال له . فعند ذلك يقدر القاضى ــ كما تقرر الفقرة الاولى من المـادة ٤٩٤ مدنى ــ للمحال له (الموهوب له) تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر . فيجب اذن أن يكون هناك ضرر أصاب الموهوب له من جراء اسـتحقاق الحق المحال به أو من جراء انعدامه . ويبدو أنه لا يكفى أن يكون هــذا الضرر هو مجرد فوات الموهوب له ، والا لوجب الضمان دائمـا فى التبرعات وجوبه فى المعاوضات . وانما يجب أن يكون الضرر خسـارة ايجابية لحقت الموهوب له ، بأن يكون مثلا قد اعتمد على الحق الموهوب فى سداد دين أو فى القيام بمشروع ، فلما فات عليه هذا الحق تحمـل خسارة من جراء ذلك . وفى هذه الحالة يقدر القـاضى تعويضا عادلا للموهوب له من الضرر ، ملاحظا فى ذلك أن المحيـل متبرع ، فلا يكون للتعويض مـدى مماثل للتعويض الذى يدفعه المحيل لو كانت الحوالة بعوض . ومصدر التعويض هنا ليس هو عقد الحوالة . وانما هو الخطأ الذى ارتكبه المحيل باخفائه عمدا سبب الاستحقاق أو انعدام الحق حتى الحق الضرر بالمحال له .

ثم أن الفقرة الثانية من المادة ٤٩٤ مدنى تقضى بأنه « اذا استحق الشىء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقـــوق ودعاوى » . ونفرض ، لتطبيق هذا النص ، ان البائع قبل أن يسلم المبيع وهب الثمن المستحق فى ذمة المشترى الى آخر عن طريق الحوالة ، ثم

هلاك المبيع قبل تسليمه للمشترى بفعل أجنبى • فالثمن فى هذه الحالة يسقط عن المشترى ، ولا يستطيع المحال له الرجوع عليه بشىء • ولكن لما كان الأجنبى متعديا فى هلاك الشىء ، فان للبائع أن يرجع عليه بدعوى تعويض ، فهذه الدعوى قد حلت محل الثمن المحال به ، ومن ثم يحل المحال له محل المحيل (البائع)فى هذه الدعوى قبل الاجنبى •

٢٨٤ ــ الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق : ولما كانت الفقرة الاولى من المادة ٤٩٤ مدنى عندما رتبت الضمان على الواهب اذا هو أخفى سبب استحقاق الشىء الموهوب ذكرت بعد ذلك أن هذا الحكم يسرى « ما لم يتفق على غيره » ، فانه يجوز أذن أن يتفق المحيل مع المحال له ، اذا كانت الحوالة بغير عوض أصلا ، أنه فى حالة استحقاق الحق المحال به أو فى حالة انعدامه ، يرجع المحال لهعلىالمحيل بتعويض عادل ، حتى لو كان المحيل يجهل أن الحق المحال به مستحق للغير أو منعدم • وفى هذا تشديد للضمان الذى قرره القانون والذى بسطنا أحكامه فيما تقدم ، فان المحيل لا يكون ملتزما طبقا لهذه الاحكام الا اذا كانيعلم بانعدام الحق أو باستحقاقه للغير ثم يتعمد اخفاء ذلكعلىالمحال له • على أنه لا يجوز أن يكون هذا الاتفاق على الضمان مصدر ربح غير مشروع للمحال له • فلا يجوز مثلا أن يتفق المحال له مع المحيل على ضمان الاستحقاق فى الحوالة بغير عوض حتى لو لم يصب المحال له أى ضرر •

ثم أنه لا يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان الواجب بحكم القانون فى ذمة المحيل المتبرع للمحال له ، فلا يصح أن يتفق الاثنان على ألا يكون المحيل مسئولا عن الضرر الذى يصيب المحال له ، حتى لو تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو أخفى غشا انعدام الحق • ذلك أنه لايجوز لشخص أن يشترط عدم المسئولية عن خطأة التقصيرى •

الباب الثاني

مايرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان

٢٨٥ ـ المبدأ العام : رأينا أن المادة ٣١٠ مدنى تنص على أنه « اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

فالمبدأ العام اذن هو أنه عند تحقق الضمان . يكون أقصى ما يرجع به المحال له على المحيل هو أن يسترد منه ما دفعه له عوضا عن الحق المحال به ، مع الفوائد من يوم الدفع بالسعر القانوني (١) ، ومع المصروفات التى يكون قد أنفقها فى ابرام الحوالة أولا ثم فى مطالبة المدين ثانيا فى الرجوع بالضمان على المحيل أخيرا . وهذا سواء كان الضمان بحكم القانون ولم يجد المحال له الحق موجودا . أو أن كان بحكم الاتفاق ولم يجد المحال له المدين موسرا .

ويجوز أن يرجع المحال له بأقل من ذلك . اذا وجد شرط يخفف من الضمان . بل يجوز ألا يرجع بشىء أصلا . اذا اشترط المحيل عدم الضمان وكان الحق المحال به هو مجرد ادعاء قد يثبت وقد لا يثبت ورضى المحال له بذلك ، كما أسلفنا القول .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ نصت المادة ٣١٠ من القانون المدنى على أنه « اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل .. فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يخالف ذلك » فان قصد المشرع من هذا النص هو تحديد أقصى ما يرجع به المحال من تعويض عند تحقق الضمان . وهذا الحكم يغاير الحكم الوارد بالمادة ٢٢٦ من القانون المدنى الذى يجرى سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية اذا كان موضوع الالتزام مبلغا من النقود تأخر المدين فى الوفاء به ومن ثم فان الحكم المطعون فيه اذ لم يعمل حكم المادة ٢٢٦ من القانون المدنى . وقضى للمحال له بالفوائد من تاريخ دفعه مبلغ الحوالة للطاعن وهو المحيل فانه لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ١١ يناير ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٨ ص ٦٥ .

ولكن لا يجوز أن يرجع المحال له بأكثر من استرداد ما دفعه مع الفوائد والمصروفات . الا فى حالة واحدة هى حالة ضمان المحيل لافعاله الشخصية،فان التعويض فىهذه الحالة الأخيرة يكونمصدره خطأ تقصيريا فى جانب المحيل . فوجب أن يكون كاملا يشتمل قيمة الحق المحال به كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل . ويشمل أيضا التعويض عن أى ضرر آخر (١) • ويبقى هذا الحكم صحيحا حتى لو قلنا أن التعويض مصدره عقد الحوالة لا الخطأ التقصيرى . فان التعويض فى المسئولية العقدية يتناول كل الضرر المباشر المتوقع . فيشمل قيمة الحق المحال به كما يشمل التعويض عن أى ضرر آخر يكون مباشرا متوقعا • واذا كانت المادة ٣١٠ مدنى قد قصرت الرجوع بالضمان على الزام المحيل برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولم تجز الاتفاق على غير ذلك ، فان هذا الحكم خاص بالضمان الذى لا يرجع الى افعال المحيل الشخصية ، وهو الضمان المنصوص عليه فى المادتين ٣٠٨ و ٣٠٩ • ونص المادة ٣١٠ مدنى صريح فى هذا المعنى ، ولا يتناول مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية المنصوص عليها بعد ذلك فى المادة ٣١١ مدنى (٢) :

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان حق المحال له فى التعويض لا يقتصر - فى حالة ضمان المحيل لافعاله الشخصية وفقا للمادة ٣١١ من القانون المدنى - على استرداد ما دفعه للمحيل عوضا عن الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات كما هو الحال عندما يتحقق الضمان طبقا للمادتين ٣٠٨ و٣٠٩ من القانون المدنى بل يكون التعويض كاملا يشمل قيمة هذا الحق كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ويشمل ايضا التعويض عن أى ضرر اخر يلحق بالمحال له من جزاء فعل المحيل : نقض مدنى فى ٩ فبراير ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٥٦ ص ٣٢٥ •

كما قضت محكمة النقض بأن حق المحال له فى التعويض فى حالة ضمان المحيل لافعاله الشخصية وفقا للمادة ٣١١ من القانون المدنى لا يقتصر على استرداد ما دفعه للمحيل عوضا عن الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات ، كما هو الحال عندما يتحقق الضمان للمادتين ٣٠٨ و ٣٠٩ من القانون المدنى، بل يكون التعويض كاملا يشمل قيمة هذا الحق كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ويشمل ايضا التعويض عن اى ضرر آخر يلحق بالمحال له من جراء فعل المحيل : نقض مدنى فى ٢٢ مارس ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٣ ص ٧٣٢ •

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٨٠ فى الهامش •

وفى غير حالة مسئولية المحيل عن افعاله الشخصية ، لا يجـــوز للمحال له ، فى الزامه المحيل بالضمان ، أن يرجع عليه بأكثر مما دفعه له مع الفوائد والمصروفات . فلا يجوز له أن يرجع عليه بقيمة الحق المحال به كله اذا كانت هذه القيمة أكثر مما دفعه ، حتى لو اتفق معه على ذلك. فالمبدأ الذى يضع الحد الاقصى لمقدار مايرجع به المحال له هو اذن من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على مخالفته (١) .

وقد أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد هذا الحكـم عن المشروع الفرنسى الايطالى (م ٢٦٨ من هذا المشروع) (٢) ، اوقصد به الى قطع

---

(١) قد قضت محكمة النقض بانه اذ نظم المشرع فى المواد من ٣٠٨ الى ٣١١ من القانون المدنى احكام الضمان في حوالة الحق بنصوص خاصة ، فانه لا يجوز مع وجود هذه الاحكام الخاصة تطبيق أحكام الضمان الورادة فى باب البيع على الحوالة : نقض فى ٩ فبراير ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٥١ ص ٣٢٥ .

(٢) اما التقنين المدنى الفرنسى فقد اغفل النص على وضع حـــد اقصى لضمان المحيل بحكم القانون ، ولكنه وضع هذا الحد لضمان المحيل بحكم الاتفاق . فنصت المادة ١٦٩٤ من هذا التقنين على أن المحيل لا يكون مسئولا عن يسار المدين الا اذا التزم بذلك وفى حدود الثمن الذى تقاضاه عن الحق . فانقسم الفقه الفرنسى فى المقدار الذى يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان بحكم القانون . ففريق يذهب الى أن المحال له لا يرجع على المحيل الا بالثمن الذى دفعه ، قياسا على الرجوع فى حالة ضمان اليسار بموجب المادة ١٦٩٤ السالفة الذكر (ديرانتون ١٦ فقرة ٥١٢ ــ ترولونج فى البيع ٢ فقرة ٩٤٣ ــ ديفر جيبه فى البيع ٢ فقرة ٢٦٣ ــ أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٤ ــ جيللوار فى البيع والمقايضة ٢ فقرة ٨٢٦) . وفريق آخر يجعـل الرجوع فى الضمان بحكم القانون بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده ، قياسا على ضمان الاستحقاق فى عقد البيع . ويوجهون هذا الرأى بأن الضمان بحكم القانون هو ضمان لوجود الحق فاذا اشترى المحال له حقا غير موجود كان له أن يرجع بقيمته على المحيل ، لأنه لم يضارب على وجود الحق بل ضارب يسار المدين . فاذا كان الحق موجودا ، ولكن المدين كان معسرا ، لم يكن له أن يرجع على المحيل الا بالثمن الذى دفعه حتى لو اتفق معه على الرجوع بقيمة الحق كلها ، لأنه لما ضارب على يسار المدين فقد تحمل تبعة اعساره ، فان كان المدين موسرا فقد خلص له كل الحق ، وان كان معسرا فليس له الا الرجوع بالثمن على المحيل (كولميه دى سانتير ٧ فقرة ١٣٩ مكررة ــ لوران ٢٤ فقرة ٥٤٩ ــ هيك ٢ فقرة ٤٩٢ ــ بودى وســـينيا فقرة ٨٢٢ =

السبيل على المرابين الذين يستغلون حاجة الناس فيشترون حقوقهم بأبخس الأثمان ، ثم يكفلون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم اذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم . فاذا اشترى المرابى حقا قيمته مائة بثمانين ، ثم اشترط ضمان المحيل ليسار المدين بقيمة الحق كله ، وأجيز هذا الشرط ، لكان المرابى واثقا من الحصول على مائة فى الثمانين التى دفعها ، اما من المدين اذا كان موسرا . واما من طريق الرجوع بالضمان على المحيل . وهذا هو عين الربا المحظور . فقصر حقه فى الرجوع بالضمان على الثمانين التى دفعها مع الفوائد والمصروفات ، حتى اذا أخذ أكثر مما أعطى فى حالة استيفاء الحق من المدين ، لم يأخذ الا بمقدار ما أعطى فى حالة الرجوع بالضمان على المحيل ، فيمتنع عليه أن يأخذ فى الحالتين أكثر مما أعطى . وقد قيل فى لجنة المراجعة فى صدد هذا الحكم ان المقصود به « أن يتحمل المحال له الغنم والغرم ، لأن

= انسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ cession de créance (فقرة ٤٧٦) . ويذهب بلانيول وريبير وردوان الى المحال له لا يرجع على على المحيل ، حالة الضمان القانونى ، بقيمة الحق كله الا على سبيل التعويض، فيجب عليه اذن أن يثبت أن الضرر الذى لحقه يعادل قيمة الحق ، ولا يتأتى له ذلك الا اذا أثبت أن المدين موسر ولو أن الحق كان موجودا لاستطاع أن يتقاضاه كله من المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ ص ٥٢٨) . وينتصر الاستاذ شفيق شحاتة لهذا الرأى (حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٣٢) .

أما ضمان المحيل ليسار المدين ، فان نص المادة ١٦٩٤ من التقنين الفرنسى ، كما رأينا ، صريح فى أنه يقتصر على استرداد المحال له للثمن الذى دفعه . واختلف الفقهاء فى فرنسا هل يعتبر هذا الحكم من النظام العام . ففريق يذهب الى أنه من النظام العام فلا يعتد بالاتفاق المخالف ولا يرجع المحال له على المحيل الا بالثمن ولو اتفق معه على أن يرجع عليه بكل قيمة الحق (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ — بلانيول وريبير وبولانجية ٢ فقرة ١٧١٧ . جوسران ٢ فقرة ٨١١) . وفريق آخر يذهب الى أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، وأنه يجوز للمحال له أن يتفق مع المحيل الذى ضمن يسار المدين على أن يرجع عليه ، فى حالة تحقق هذا الضمان ، بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده (بودرى وسينيا فقرة ٨٣٦ — انظر أيضا المادة ٢٨٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وقد سبق ذكرها آنفا فقرة ٢٧١ فى الهامش) .

الحوالة تنطوى على معنى المضاربة (١) .

ونرى من ذلك أن هناك حكمين من أحكام الضمان يعتبران من النظام العام . أولهما هو هذا الحكم، والثانى هو الحكم القاضى بمسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية فلا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو باتفاق خاص (٢) .

يبقى أن نعرف الحكم فيما اذا كان المدين معسرا اعسارا جزئيا بحيث يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه منه ، وأن نعرف الحكم فيما اذا كان المحال له قد حول الحق الى محال له تال بعوض يختلف عن العوض الذى دفعه هو للمحيل . ثم نعرف بعد ذلك مقدار ما يرجع به المحال له اذا كانت الحوالة بغير عوض وتحقق الضمان .

٢٨٦ — حالة اعسار المدين اعسارا جزئيا : يقع فى بعض الحالات أن يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه من المدين الذى لا يكون معسرا الا اعسارا جزئيا ، فاذا كان الحق المحال به مائة مثلا ، واستوفى منها المحال له خمسين ولم يستطع استيفاء الخمسين الباقية ، وكان قد اشترى الحق من المحيل بثمانين ، فما مقدار ما يرجع به على المحيل بدعوى الضمان ؟ .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٦ — وانظر آنفا فقرة ٢٧١ فى الهامش .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى وهى تقول فى هذا الصدد : « على أن أعمال مبدأ سلطان الادارة يرد عليه فى هذا النطاق قيدان. فيراعى من ناحية أن مدى التزام المحيل بالضمان لا يجاوز على وجه الاطلاق رد ما أدى اليه فعلا مع الفوائد والمصروفات . وقد قصد من نص المشروع على عدم جواز الاتفاق على خلاف هذا الحكم الى قطع السبيل على المرابين . ويراعى من ناحية اخرى أن اشتراط الاعفاء من المسئولية عن ضمان الاستحقاق يقع باطلا اذا كان هذا الاستحقاق يرجع الى فعل المحيل نفسه . وليس هذا الحكم سوى تطبيق للقواعد المقررة بشأن ضمان الاستحقاق بوجه عام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ — ص ١٢٨) .

يمكن أن نتصور حلولا ثلاثة :

(الحل الأول) أن يرجع المحال له على المحيل بكل الخمسين التى نقصته ، فان المحيل ملزم فى حالة تحقق الضمان أن يرد للمحال له كل خسارته بحيث لا تزيد على الثمانين التى قبضها منه ثمنا للحوالة ٠ وعيب هذا الحل أنه يمكن المحال له من أن يستوفى قيمة الحق المحال به كاملا عند تحقق الضمان ، وفى هذا مخالفة صريحة لنص المادة ٣١٠ مدنى التى تقضى بأن المحال له لا يسترد عند تحقق الضمان أكثر مما دفعه ، فلا يجوز أن تخلص له قيمة الحق كاملة ٠

(الحل الثانى) أن يرجع المحال له على المحيل بثلاثين لا بخمسين ، ذلك أنه لا يجوز له كما قدمنا أن يسترد فى حالة تحقق الضمان أكثر مما دفعه ، أى أكثر من ثمانين ٠ وقد استوفى من هذه الثمانين خمسين من المدين ، فيبقى له ثمانون هى التى يرجع بها على المحيل بدعوى الضمان ٠

(الحل الثالث) أن يرجع المحال له على المحيل بأربعين لا بخمسين ولا بثلاثين ٠ ذلك أن المحال له ، فى حالة اعسار المدين اعسارا كليا ، يسترد من المحيل ما دفعه له من الثمن ، وهو ثمانون ٠ ففى حالة اعسار المدين اعسارا كليا ، يسترد من المحيل ما دفعه له من الثمن ، وهو ثمانون ٠ ففى حالة اعسار المدين اعسارا جزئيا ، يكون من العدل أن يسترد من المحيل نسبة مما يتبقى له تعادل النسبة ما بين الثمن الذى دفعه وقيمة الحق ٠ وقد دفع ثمانين فى حق قيمته مائة ، فيكون قد اشترى الحق بأربعة أخماس قيمته ٠ وتبقى له خمسون لم يدفعها المدين لاعساره ، فيرجع بأربعة أخماسها على المحال له ، أى يرجع عليه بأربعين ٠

وقد تردد الفقه الفرنسى بين الحل الثانى والحل الثالث [1] ٠

---

(١) ممن يقولون بالحل الثانى بودرى وسينيا فقرة ٨٣٤ ، وبلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ ٠ وكنا نقول به أيضا فى الموجز فقرة ٥٢٠ ص ٥٣٨ ص ٥٣٨ هامش رقم ١ ٠

ومن يقولون بالحل الثالث هيك فقرة ٧٤٢ ٠

ونحن نؤثر الحل الثالث ، لأنه يميز بين اعسار المدين اعسارا كليا واعساره اعسارا جزئيا ، فيكون الضرر الذى يصيب المحال له من الاعسار الجزئى أقل من الضرر الذى يصيبه من الاعسار الكلى وهو بعد لم يسترد من المحيل الا جزءا مما دفعه ثمنا للحوالة يتناسب مع الجزء الباقى له من حقه ، فيبقى بذلك فى الحدود التى رسمتها المادة ٣١٠ مدنى .

٢٨٧ ــ حالة وقوع حوالة تالية بعوض يقل أو يزيد : وقد يقع أن المحال له يحول حقه الى محال له تال بثمن أقل أو أكثر من الثمن الذى دفعه هو للمحيل ، فهل يكون رجوع المحال له الثانى بدعوى الضمان مقيدا بما دفعه هو للمحال له الأول أو بما دفعه المحال له الأول للمحيل ؟

نفرض أن المحيل قد قبض فى الحق وقيمته مائة ثمنا مقداره ثمانون ، ثم حول المحال له هذا الحق نفسه الى محال له تال وقبض ثمنا له مقداره سبعون . ولما طالب المحال له الثانى المدين وجده معسرا . فى هذه الحالة يجوز للمحال له الثانى أن يرجع بالضمان اما على المحال له الأول واما على المحيل . فان رجع على المحال له الأول ، استرد السبعين التى دفعها له . وكذلك لا يجوز أن يسترد الا السبعين التى دفعها ، حتى لو رجع على المحيل ، اذ لا يجوز له أن يسترد بدعوى الضمان أكثر مما دفعه .

أما اذا كان المحال له الثانى دفع ثمنا للحوالة تسعين لا سبعين ، فانه يرجع بالتسعين على المحال له الأول ، اذ هو قد دفعها له فيستردها منه . ولكن اذا أراد الرجوع على المحيل ، فانه لا يسترد منه الا الثمانين التى استولى هذا عليها ، ذلك أن المحيل لا يلزم الا برد ما استولى عليه (١) .

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٤١ .

٢٨٨ ــ حالة الحوالة بغير عوض : وفى كل ما قدمناه افترضنا أن الحوالة بعوض ، ولذلك جعلنا رجوع المحال له على المحيل مقيـــدا بمقدار هذا العوض ، ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة بيعا أو هبة بعـــوض ٠

أما اذا كانت الحوالة بغير عوض ، وتحقق الضمان على الوجه الذى قدمناه ، فان المحال له لم يدفع شيئا حتى يســترده ٠ لذلـــك لا يكون له ، كما سبق القول ، الا أن يرجع بتعويض عادل عن الضرر الذى أصابه ، يقدره القاضى على الوجة الذى أسلفناه (١) ٠

الفـــرع الثـــانى

علاقة المحـــال له بالمحال عليه

٢٨٩ ــ النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدنى عـــلى ما يأتى :

« يجوز قبل اعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل اليه » ٠

وتنص المادة ٣١٢ على ما يأتى :

« للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحـــوالة فى حقه ، كما يجـــوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة (٢) ٠

---

(١) انظر انفا فقرتى ٢٨٣ و ٢٨٤ ٠

(٢) تاريخ النصوص :

م ٣٠٦ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ٠ واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٨ فى المشروع النهائى ٠ ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٨ ــ ص١١٩)

م ٣١٢ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : يجوز للمدين أن يحتج على المحال اليه بالدفوع التى كان لـــه ، وقت نفاذ الحولة فى حقه ، ان يحتج بها على المحيل ، كما يجوز له ان يحتـــج بالدفوع الخاصة بالمحال اليه وحده » ٠ وفى لجنة المراجعة عدل النص بما =

ولا مقابل لهذين النصين فى التقنين المدنى السابق ، ولكن أحكامهما كان معمولا بها دون نص لأنها تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل النصان فى التقنين المدنى السابق : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٠٦ و ٣١٢ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٩٣ و ٢٩٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٦٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٢٨٥ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٣٦٧ و ٣٧٠ (١) .

= جعله مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٣٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ — ١٣١) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى : م ٣٠٦ و م ٣١٢ (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و ٣١٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٢٩٣ و م ٣٠٠ (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و ٣١٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٦٦ (تطابق المادة ٣١٢ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا العبارة الاخيرة فهى تجرى فى التقنين العراقى على الوجه الآتى : « كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده . ولا مقابل فى التقنين العراقى للمادة ٣٠٦ من التقنين المصرى . ولكن حكمها متفق مع القواعد العامة : انظر للدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٥٢ — فقرة ٢٥٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٢٨٥ : فيحق اذن للمديون أن يدلى بأسباب الدفع والدفاع ، التى كان يحق له أن يدلى بها ، تجاه المتفرغ له . ويجرى الأمر بالعكس اذا كان المديون قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط ، فهو يعد اذن عادلا عن وسائل الدفاع التى كان يملكها الى ذلك الحين .

(وهذه الاحكام تتفق مع احكام التقنين المدنى المصرى : انظر الدكتور صبحى المحمصانى ص ٣٧) فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٧) .

فى التقنين المدنى الكويتى : م ٤٦٧ : يجوز للدائن المحال له ، ولو قبل نفاذ الحوالة فى حق المدين والغير ، أن يتخذ من الاجراءات مايحافظ به على الحق المحال .

م ٣٧٠ : للمدين ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له ، وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، ان يحتج بها على المحيل ، كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة به فى مواجهة المحال له .

(وهذه الاحكام تتفق مع احكام التقنين المدنى المصرى) .

ويؤخذ من هذه النصوص أن علاقة المحال له بالمحال عليه (المدين) تتأثر كثيرا بالوقت الذى تصبح فيه الحوالة نافذة فى حق المحال عليه بالاعلان أو بالقبول . فقبل هذا الوقت لا تكون علاقة المحال له بالمحال عليه الا علاقة دائنية مستقبلة ، الا أنها علاقة تسمح ببعض آثار محدودة ، أهمها أن المحال له يستطيع أن يتخذ اجراءات تحفظية للمحافظة على حقه المستقبل قبل المحال عليه كما يمتنع على المحال عليه أن يأتى من الاعمال ما يضر بهذا الحق . ومنذ اعلان الحوالة أو قبولها يصبح المحال له هو وحده الدائن - الحالى لا المستقبل - للمحال عليه، وتقوم بينهما علاقة المديونية كاملة بما يترتب عليها من آثار .

المبحث الأول

علاقة المحال له بالمحال عليه قبل اعلان الحوالة أو قبولها

٢٩٠ - دائنية المحال له للمحال عليه دائنية محدودة : قبل اعلان الحوالة أو قبولها يبقى المحيل دائنا للمحال عليه ، لأن الحوالة لم تنفذ بعد فى حق المحال عليه . أما المحال له فدائنيته للمحال عليه كامنة ينقصها النفاذ ، فهى دائنية محدودة لاتولد آثارا كاملة ، ولكنها تولد بعض الآثار على كل حال .

فيستطيع المحال له من جانبه ، أن يتخذ للمحافظة على حقه اجراءات تحفظية . ومن جانب المحال عليه يجب أن يمتنع ، اذا كان قد كان قد علم بالحوالة فعلا دون أن يقبلها ودون أن تعلن اليه ، من أن يأتى عملا من شأنه الاضرار بحق المحال له .

٢٩١ - الاجراءات التحفظية التى يتخذها المحال له : يستطيع المحال له ، قبل اعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ، أن يتخذ من الاجراءات التحفظية ماهو واجب للمحافظة على الحق المحال به . وهذا مانصت عليه صراحة المادة ٣٠٦ مدنى ، فقد رأيناها تقضى بأنه « يجوز قبل

اعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات مايحافظ به على الحق الذى انتقل اليه » (١) .

فيجوز للمحال له أن يقطع التقادم ، اذا راى أنه أوشك أن يتكامل . وبدلا من أن يبدأ باعلان الحوالة الى المحال عليه لجعلها نافذة فى حقه ، ثم يطالب بعد ذلك بالحق مطالبة قضائية ليقطع التقادم وقد لا يكون هناك وقت كاف قبل تكامل التقادم للقيام بهذين الاجرائين المتتالين ، يعمد منذ البداية الى مطالبة المحال عليه مطالبة قضائية تقطع التقادم فورا ، فيحفظ المحال له بذلك حقه من السقوط . والمطالبة القضائية تتضمن بطبيعة الحال اعلانا للحوالة ، فهى تحدث الأثرين معا فى وقت واحد : تقطع التقادم وتجعل الحوالة نافذة فى حق المحال عليه وفى حق الغير . ويستطيع المحال له أن يتلقى من المحال عليه اعترافا بالحق فى ذاته فينقطع التقادم ، وذلك قبل أن يكون المحال عليه مستعدا لقبول الحوالة ، فهو يقر بالحق الذى فى ذمته ، ويريد أن يتريث فى قبول الحوالة تحوطا منه للنتائج التى تترتب على هذا القبول ، وبخاصة أثر القبول فى منع التمسك بالمقاصة .

ويجوز للمحال له أيضا أن يبادر الى قيد رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الحق المحال به ، فليس هذا الا اجراء تحفظيا يستطيع القيام به قبل اعلان الحوالة أو قبولها . كما يستطيع أن يجدد القيد اذا كان قد مضى على القيد السابق عشر سنوات ، ويكون القيد أو تجديده باسمه هو لا باسم المحيل (٢) .

ويجوز للمحال له أن يوقع حجزا تحفظيا تحت يد مدين المحال عليه ، ويتابع اجراءات هذا الحجز حتى يصل الى الحكم بصحة الحجز .

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٩ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٥١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ .

فيقف عند هذا الحد ، اذ يصبح الحجز عندئذ اجراء تنفيذيـا لا اجـراء تحفظيا ، فلا يستطيع المحال له الاستمرار فيه قبـل أن يجعل الحوالـة نافذة فى حق المحال عليه (١) .

ويجوز كذلك للمحال له ، اذا باع المحال عليه عقارا مرهونا فى الحق المحال به وأراد الحائز أن يطهر العقار ، أن يطلب بيع العقـار المطلوب تطهيره باعتباره دائنا مرتهنا اذا هو اودع خزانة المحكمة مبلغا كافيـا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، وذلك طبقا للمـادتين ١٠٦٧ ـ ١٠٦٨ من التقنين المدنى (٢) .

وقد قيس المحال له قبل اعلان الحوالة أو قبولها على الدائن تحت شرط واقف قبل تحقق الشرط ، فكل منهما يجوز له اتخاذ الاجراءات التحفظية (٣) .

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة مكررة ص ١٥٤ ـ ص ١٥٥ ـ بودرى وسينيا فقرة ٨٥١ ـ بلانيول ورببير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ ـ ولا يوقع المحال له حجزا تحفظيا تحت يد المحال عليه ، فان هذا ليس مدينا لمدينه بل هو مدينه المباشر . وان فعل ، عد هذا بمثابة اعلان للحوالة ، ومن ثم لا يكون فى حاجة الى طلب تثبيت الحجز التحفظى (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٩ ـ وانظر آنفا فقرة ٢٦٦ فى الهامش) .

(٢) جيللوار ٢ فقرة ٨٠٦ وما بعدها ـ أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٥ ـ بودرى وسينيا فقرة ٨٥١ ص ٨٨٥ ـ عكس ذلك : ديفرجييه ٢ فقرة ٢٠٤ ـ لوران ٢٤ فقرة ٥١٨ وما بعدها .

وهناك شك فيما اذا كان المحال له يستطيع أن يطعن باسمه فى حكم صدر ضد المحيل لمصلحة المحال عليه قبل صيرورة الحوالةنافذة فى حق المحال عليه (انظر فيما يتعلق بالطعن بالنقض بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٠ هامش رقم ٣) . وسنرى أن المحال له يستطيع ذلك دون خلاف بعد صيرورة الحوالة نافذة فى حق المحال عليه (انظر فقرة ٢٩٤ فى الهامش) .

(٣) ويقول بلانيول وريبير وردوان أن هذا قياس مع الفارق ، فالمحال له لا وجود لحقه تجاه المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق هذا الأخير . أما الدائن تحت شرط واقف فحقه موجود حتى قبل تحقق الشرط . ولكنهم يرون مع ذلك أن هذا الحكم تبرره فائدته العملية فهو يتعجل بعض آثار الحوالة فى حق المدين من غير أن يلحق به كبير ضرر (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢١) .

واذا كان المحال له يستطيع اتخاذ أجراءات تحفظية ضد المحال عليه =

٢٩٢ - امتناع المحال عليه من الاضرار بحقوق المحال له :
وبديهى أن المحال عليه ، الذى لم يقبل الحوالة ولم يعلن بها ، اذا كان لا يعلم فعلا بصدورها ، يستطيع أن يعامل المحيل - وهو لا يزال الدائن له - فى شأن الحق المحال به ، فيوفيه اياه ، أو يجدده معه ، أو يجعله قصاصا فى دين له عليه ، أو يستبرئه منه • وعلى هذا النحو أيضا يعامل المحال عليه محالا له ثانيا يكون قد قبل حوالته أو أعلنت له ، فهذا المحال له الثانى ، والذى حوالته نافذة قبل الحوالة الأولى ، هو وحده صاحب الحق بالنسبة الى المحال عليه ، علم هذا بالحوالة الأولى أو يعلم •

أما اذا علم المحال عليه بالحوالة الأولى فعلا ، ولو قبل أن تصبح نافذة فى حقه بالاعلان أو بالقبول ، فمن واجبه حينئذ أن يمتنع معاتيان أى عمل ينطوى على غش ويكون من شأنه الاضرار بحقوق المحال له • فليس له أن يوفى الحق المحال به للمحيل غشا وتواطؤا معه • أما اذا أجبره المحيل على الوفاء فلا حيلة له ، وقد تقدم بيان ذلك • وليس له أن يتواطأ غشا مع محال له تال للمحال له الأول ، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى • بل انه يستطيع ، قبل اعلان الحوالة أو قبولها ، أن يوفى الحق المحال به للمحال له ، ويعتبر هذا الوفاء بمثابة قبول منه للحوالة (١) • كما يستطيع المحال له أن يطالبه بالحق المحال به مطالبة قضائية ، وتعتبر هذه المطالبة بمثابة اعلان للحوالة (٢)•

= فهذه الاجراءات يستطيع أيضا • ومن باب أولى ، أن يتخذها المحيل ،لأنه لا يزال دائنا للمحال عليه مادامت لم تصبح نافذة فى حق هذا الأخير • ومن ثم يكون للمحال عليه ، بالنسبة الى الاجراءات التحفظية ، دائنان فى وقت واحد : المحيل والمحال له (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ - ص ٥٢١ - وانظر أيضا فلاتيه فى العقود لحساب الغير) •

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٥١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ وهامش رقم ٣ •

(٢) بلانيول وريبير وردوان فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ - وانظر آنفا فقرة ٢٩١ •

ونرى من ذلك أنه من وقت صدور الحوالـــة الى وقت اعلانهـــا أو قبولها ، يكون للمحال عليه دائنان فى دين واحد ، هما المحيل والمحال له • ولكل منهما أن يطالبه بالدين ، وله أن يوفى الدين لأى منهما ، وهما مع ذلك ليسا بدائنين متضامنين [1] •

المبحث الثانى

علاقة المحال له بالمحال عليه بعد أعلان الحوالة أو قبولها

٢٩٣ ــ نفاذ الحوالة فى حق المحال عليـــه : باعـــلان الحوالة أو قبولها تصبح نافذة ، كما قدمنا ، فى حق المحال عليه ،ويصبح الأثر الأول للحوالة ــ انتقال الحق المحال به من المحيـــل الى المحـــال له ــ نافذا بالنسبة الى المحال عليه • ويترتب على ذلك نتيجتان رئيسيتان :

(الأولى) أن يحل المحال له محل المحيل ، بالنسبة الى المحال عليه ، فى نفس الحق المحال به فى الحالة التى يكون عليها وقت اعلان الحوالة أو قبولها • أما انتقال الحق فيما بين المحيل والمحال له فيكون بالحالة

---

(١) ومن ثم لا يكون للاعلان أو القبول شأن عملى كبير فى العلاقة مابين المحال له والمحـــال عليه ، وهذا بعكس الغير من محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن عادى فى حالة افلاس المحيل أو اعســـاره ، فان للاعلان أو القبول شأنا حاسما بالنسبة الى هؤلاء • ونرى من ذلك أن المحال عليه فى مركز وسط بين أطراف الحوالة والغير ، فهو لا يتمحض غيرا ولا يخلص طرفا فى الحوالة (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٣ هامش رقم ١) •

وهناك تياران متضاربان فى تقدير أهمية اجراءات الاعلان والقبول ، وهى الاجراءات التى تجعل الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير : تيار ينزع الى الخفض من شـــأن هذه الاجراءات والتقليل من أهميتها وهذا هو المذهب الجرمانى ، وتيار ينزع الى الاكبار من شأنها وجعلها بمنزلة اجراءات للشـــهر كالتسجيل والقيد وهذا هو المذهب اللاتينى (قارب فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ ــ ص ٥٢٣ ــ بلانيول وريبير وبولانجيـــه ٢ فقرة ١٧٠٨) على أن هذه الاجراءات لا تستكمل مقوماتها كاجراءات للشـــهر فعالة ، الا اذا كان المدين المحال عليه ملزما قانونا باخطار الغير ، متى طلب منه ذلك ، بمايعلمه من حوالات ســـابقة عن طريق قبوله لها أو اعلانه بها ، فيكون المحال عليه هو الجهة التى يتركز فيها الشـــهر (انظر اقتراحا فى هذا المعنى لجمعية الدراسات التشريعية فى مجلتها سنة ١٩٣٧ ص ٣٤٠ والتقرير الذى وضعه بولانجية فى هذا الشأن) •

التي كان عليها وقت صدور الحوالة .

(الثانية) أن يكون للمحال عليه - وهذه نتيجة مترتبة على النتيجة الأولى - التمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له ان يتمسك بها قبل المحيل وقت الاعلان أو القبول . وكذلك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

٢٩٤ - حلول المحال له محل المحيل فى نفس الحق المحال به : ينتقل ، بالنسبة الى المحال عليه ، الحق المحال به من المحيل الى المحال له ، كما قدمنا . وينتقل بالحالة التي يكون عليها وقت اعلان الحوالة أو قبولها (١) .

فمن هذا الوقت لا يكون للمحال عليه الا دائن واحد هو المحال له . وقد حل محل المحيل الدائن السابق ، وأصبح هو دون المحيل صاحب الحق بالحالة التي يكون عليها وقت الاعلان أوالقبول (٢) . فلو

---

(١) وقد تقدم الكلام فى انتقال الحق فيما بين المحيل والمحال له (انظر آنفا فقرة ٢٧٢ - ٢٧٧) ، ونحن الان فى صدد انتقال الحق الى المحال له بالنسبة الى المحال عليه .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان الواقع فى الدعوى ان الطاعن اقامها بطلب التعويض الناشيء عن اخلال الشركة المطعون عليها بتنفيذ عقد المقاولة على اساس ان هذا العقد الذى ابرمته مع الجمعية التعاونية لبناء المساكن تضمن الاشتراط لمصلحة اعضاء الجمعية ، الا ان الطاعن اعتمد امام محكمة الاستئناف - بعد صدور حكم النقض السابق والاحالة - على ان الجمعية أحالت اليه حقوقها بما فى ذلك الحق فى التعويض بموجب عقد حوالة اعلن الى الشركة اثناء نظر الاستئناف ، وكان يترتب على هذه الحوالة اعتبار الطاعن صاحب صفة فى طلب الحق موضوع الحوالة ، ولا يستطيع المدين الوفاء للمحيل بعد نفاذ الحوالة فى حقه ، فان توجيه الدعوى اليه من المحال له الذى اصبح وحده صاحب الصفة فى المطالبة بالحق يكون صحيحا ، وتنتفى كل مصلحة للمدين فى التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى لان المدين وفقا لنص المادة ٣١٢ من التقنين المدنى ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له ان يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة . واذ كان الحكم المطعون فيه لم يرتب على الحوالة اثرها فى اعتبار صفة الطاعن فى المطالبة بالحق موضوعها لانها لم تقدم الا فى الاستئناف بعد صدور حكم النقض السابق ، فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه : نقض مدنى فى ٢٥ يناير سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ٢١ ص ١٠٨ .

أن هذا الحق كان موجودا وقت صدور الحوالـة ، ولكنه انقضى قبـل الاعلان أو القبول بأن استوفاه المحيل مثلا أو قضاه بأى سـبب مـن أسباب الانقضاء فان المحال له لاينتقل اليه شىء قبل المحال عليه ، لأن الحق أصبح غير موجود وقت الاعلان أو القبول •

وينتقل الحق الى المحال له بالصفات التى تكون له وقت الاعلان أو القبول • فلو كان الحق ثابتا فى سند تنفيذى فى هذا الوقت ، ولو لم يكن ثابتا فى هذا السند وقت صدور الحوالة ، فـان الحق ينتقـل الى المحال له قابلا للتنفيذ بفضل هذا السـند التنفيذى • ولو كان الحق تجاريا أو ينتج فوائد أو كانت له صفات أخرى غير ذلك ، فانه ينتقـل بنفس هذه الصفات الى المحال له قبل المحال عليه •

وينتقل الحق الى المحال له بالضمانات التى تكفله وقت الاعلان أو القبول (١) • فلو أن الحق المحال به كان مضمونا برهن أو اختصاص أو امتياز أو كفيل ، فانه ينتقل بهذه الضمانات الى المحال له قبل المحال عليه وقبل الكفيل • ولو كان الضمان الذى يكفل المحال به موجودا وقت صدور الحوالة ، ولكنه انقضى قبل اعلانها أو قبولها ، فانه يعتبر غير موجود ولا ينتقل مع الحق الى المحال له ، كما لو سـقط قيد الرهن أو أبرأ المحيل الكفيل قبل الاعلان أو القبول ، وانما يرجع المحال لـه على المحيل بالضمان وفقا للقواعد التى قدمناها •

ومادام الحق نفسه قد انتقل من المحيل الى المحال لـه بالنسبة الى المحال عليه ، فقد أصبح المحال عليه ليس له ، كما قدمنا ، الا دائن واحد هو الذى يجب أن يوفيه الحق • فلا يجوز له أن يوفي الحق ، بعد الاعلان أو القبول ، الى المحيل ، ويكون هذا الوفـاء غير مبرىء

---

(١) وكما ينتقل الحق بضماناته ينتقل ايضا بما يثقله من تكاليف ، فينتقل حق المقاول الى المحال له مثقلا بامتياز المقاول من الباطن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٦١ : دوائر مجتمعة ــ ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢) •

لذمته ، ويستطيع المحال له أن يستوفى الحق منه مرة ثانية ، ولا يبقى للمحال عليه الا الرجوع على المحيل بما دفعه اليه دون حق . ويجوز للمحال له ، بعد الاعلان او القبول ، أن يجبر المحال عليه على الوفـاء له بالحق كاملا (١) ، كما يجوز له أن يقضى الحق بأى سبب من اسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء (٢) .

---

(١) ولا يقتصر على استيفاء العوض الذى دفعه مقابلا للحق ، الا اذا كان متنازعا فيه ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٢) ويجوز للمحال له ان يأخذ حق اختصاص بحكم حول له (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٠٧) ، كما يجوز له ان يرفع استئنافا عن حكم صدر ضـد المحيل (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنه ١٦٠٠ م ١٢ ص ١٠ - ١١ ابريل سنه ١٦٠٥ م ١٧ ص ١١٠ - ١٥ نوفمبر سنة ١٦٠٥ م ١٨ ص ١١) . وبالجمله يستطيع المحال له ان يتخذ الاجراءات القضائيه ضـد المحال عليه باسمه خاصه (اسـتئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنه ١٨٦٨ م ١١ ص ١١ - ١١ نوفمبر سنه ١٨٦٦ م ١١ ص ١٢ - ١٢ يونيه سنة ١٦٠٢ م ١٤ ص ٢٤٧) .

وبالنسبه الى الاجراءات القضـائيه يمكن تلخيص موقف المحال له فى المبادىء الاتيه : (اولا) للمحال له رفع الدعوى باسمه ضد المحال عليه لمطالبته بالحق المحال به (محكمة مصر ١١ ابريل سنة ١٩٢٦ المجموعه الرسمية ٢٨ رقم ٨٨ ص ١٦٦) ، وله ان يدخل المحيل ضامنا فى الدعوى (استئناف مصر ١٥ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٢٢ ص ٨٥٥) . (ثانيا) اذا وجدت قضـية قائمة بين المحيـل والمحـال عليه فى خصـوص الحق المحال به ، وجب على المحـال له ان يأخـذ مكان المحيـل فيهـا ، بأن يتدخل فى الدعوى فى أية حالة كانت عليها (اسـتئناف مصر ٢ ابريل سـنة ١٩٢٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧ - استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٤) . (ثالثا) يعتبر المحيـل وكيـلا عن المحال له فى مواجهـة دفاع المحـال عليه ، فالاستئناف المرفوع منه يفيد المحال له (استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤٧) . وكذلك يستفيد المحال له من الطلبات التى وجهها المحيل الى المحال عليه ، فالطلبات التى كانت موجهة من المحيل فى الدعوى الابتدائية تعتبر قائمة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢٤٣ ص ٦٩٠) . (رابعا) للمحال له الحق فى التنفيذ باسـمه ولو كانت الحوالة فى ورقة عرفية ، مادام الحق المحال به قد استجمع الشرائط القانونية ليكون قابلا للتنفيذ بأن كان ثابتا فى ورقة رسمية أو صدر به حكم قابل للتنفيذ (مصر مسـتعجل ٩ ديسـمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٣٣ ص ٦٦٣) .

ولا يستطيع المحيل ، بعد الاعلان أو القبول ، أن يتصرف فى الحق المحال به مرة ثانية ، لا ببيع ولا برهن ولا بأى نوع آخر من أنواع التصرفات (١) ، كما لا يجوز أن يوقع أحد دائنى المحيل حجزا تحفظيا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه بعد الاعلان أو القبول • وعلى العكس من ذلك ، يستطيع المحال له ، بعد الاعلان أو القبول ، أن يتصرف فى الحق بحوالة ثانية ، كبيع أو هبة أو رهن ، ويجوز لدائنيه أن يوقعوا حجزا تحفظيا على الحق تحت يد المحال عليه •

على أن حلول المحال له محل المحيل قبل المحال عليه ليس من شأنه أن ينقل الصفات اللصيقة بشخص أحدهما الى شخص الآخر • فلو أن المحيل كان زوجة المحال عليه ؛ ومن ثم يكون سريان التقادم موقوفا لمصلحة الزوجة ، ولم ينتقل أثر هذه الظروف الشخصية الى المحال له ، ويبدأ سريان التقادم من وقت أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الزوج المحال عليه (٢) •

٢٩٥ ـ الدفوع التى للمحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال له :

---

(١) ومن باب أولى لا يستطيع المحيل ان يبرىء ذمة المحال عليه من الدين اذا كان اعلان الحوالة للمحال عليه سابقا على اعلان الابراء (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٤) • كذلك لا يستطيع المحال عليه ان يتمسك قبل المحال له، فى حوالة الاجرة ، بحقه فى انقاص الاجرة قبل المحيل اذا كان هذا الحق لم يستعمل الا بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حقه (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٦٠) • ولا يستطيع المحيل بعد نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه ان يصالحه (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣) • ولا يحتج على المحال له بالاتفاقات التى تكون قد تمت بين المحيل والمحال عليه بعد اعلان الحوالة للمحال عليه (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ ص ٤١٢) •

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٤ ـ ص ٥١٥ ـ وعلى العكس من ذلك ، اذا حول الحق لزوجة المدين ، وقف سريان التقادم لمصلحتها ، ولم يكن موقوفا من قبل لمصلحة المحيل (أوبرى ورو ٥ فقرة مكررة ص ١٦٠ ـ بودرى وسينيا فقرة ٨٤٦) • واذا حول الوارث حقا للتركة انتقل اليه بالميراث ، وأصبح المحال له خلفا خاصا فى هذا الحق ، لم يصبح بالحوالة مسئولا عن شىء من ديون التركة ، بل يبقى الوارث المحيل هو المسئول عن هذه الديون فى حدود حصته فى الميراث (استئناف مختلط ٢٦ ابريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢١) •

رأينا أن المادة ٣١٢ مدنى تنص على أن « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة » • وهذه نتيجة منطقية مترتبة على كون الحق المحال بـه هو الذى ينتقل من المحيل الى المحال له قبل المحال عليه ، كما قدمنا • فما دام الحق نفسه هو الذى ينتقل ، فانه ينتقل بالدفوع التى عليه كما انتقل بالصفات والضمانات التى له • فيستطيع المحال عليه اذن أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال له ، كما كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل (١) •

ويستطيع أيضا أن يتمسك بالدفوع التى يستمدها من عقد الحوالة ذاته ، وهو العقد الذى نقل الحق المحال به من المحيل الى المحال له •

يستطيع المحال عليه أولا أن يتمسك قبل المحال له ، بالنسبة الى الحق المحال به ، بالدفوع التى كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت اعلان الحوالة أو قبولها • فاذا كان هناك ، فى هذا الوقت ، دفع يمكن أن يدفع به هذا الحق قبل المحيل ، فان هذا الدفع يصلح للتمسك به قبل المحال له • والدفوع قد ترجع الى انقضاء الحق أو الى بطلانه

---

(١) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤ ـ استئناف أهلى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢٩ ص ٧٩ ـ ٢١ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٦٩ ـ ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٦ ص ٨٧ ـ ٣ ابريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤١٦ ص ٥١٢ ـ استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧ ـ ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧٠ ص ١٦٦ ـ ٢ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧ ـ استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٩٣ ـ ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٣٧ ـ ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٥ ـ ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧١ ـ ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠ ـ ٢٠ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٠٣ ـ ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٧ ـ ٢٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٧ ـ ٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٦ ـ ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٦ ـ ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٨ ـ ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ ـ ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٧ ـ ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٤ •

أو الى انفساخه . فيجوز أن يكون الحق المحال به قد انقضى وقت اعلان الحوالة أو قبولها ، حتى لو كان موجودا وقت صدور الحوالة . فيصح مثلا للمحال عليه أن يدفع بأن الحق قد انقضى اما بالوفاء (١) أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالابراء أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء ، سواء كان الانقضاء سابقا على صدور الحوالة أو تاليا له ، مادام الحق قد انقضى قبل اعلان الحوالة أو قبولها (٢). ويجوز كذلك أن يكون الحق قد انقضى بتصرف المحيل فيه لمحال له آخر ونفذت الحوالة الثانية قبل نفاذ الحوالة الاولى ، ففي هذه الحالة يدفع المحال عليه مطالبة المحال له الأول بأن الحوالة الثانية هى النافذة فى حقه وفى حق المحال له الأول على السواء ويجوز أن يكون أحد دائنى المحيل قد وقع حجزا تحفظيا تحت يد المحال عليه قبل اعلان الحوالة أو قبولها ، وعندئذ يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بالحق كله بأن الدائن الحاجز يشاركه فيه. كل هذه دفوع ترجع الى انقضاء الحق ، كان المحال عليه يستطيع أن يدفع مطالبة المحيل ، فيجوز له أن يتمسك بها قبل المحال له . وهناك دفوع ترجع الى بطلان الحق المحال به أو الى انفساخه ، كأن يكون الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للابطال أو عقد قابل للفسخ ، أو يكون الحق معلقا على شرط واقف لم يتحقق أو معلقا على شرط فاسخ تحقق (٣) . كل هذه دفوع كان المحال عليه يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل ، ليستطيع كذلك أن يتمسك بها قبل المحال له (٤) .

---

(١) وليس من الضرورى ان تكون المخالصة ثابتة التاريخ لامكان ان يتمسك بها المحال عليه قبل المحال له ، ولكن للمحال له أن يثبت عدم جديتها (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧١ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٣ - بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٧ هامش رقم ٤) .

(٢) انظر الأستاذ عبد الحي حجازى ٣ ص ٣٦٠ - وقارن الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٥٢ وفقرة ٥٤ .

(٣) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ - ص ١٣٠ .

(٣) كذلك يستطيع المحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بالفوائد الربوية =

على أن هناك دفعين يخرجان على القواعـد التى قدمناها ، هما الدفع باتحاد الذمة والدفع بالمقاصة . فاذا كان المحال عليه هو وارث المحيل ، وبعد صدور الحوالة ، ولكن قبل اعلانها أو قبولهـا ، مـات المحيل فورثه المحال عليه وانقضى الحق المحال به باتحاد الذمة ، فقد كان ينبغى أن يستطيع المحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بعد اعلان الحوالة بانقضاء الحق.ولكنه لما كان وارثا للمحيل ، وكان للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التى يمثلهـا الوارث ، فـان الأمر ينتهى الى ان المحال عليه لا يجوز أن يتمسك بهذا السبب مـن أسباب الانقضاء (١) . كذلك اذا كان هنـاك حق للمحال عـليه فى ذمة المحيل بحيث ينقضى الحق المحال به بالمقاصة ، ولكن المحال عليه قبـل

= التى دفعها للمحيل ويطلب استنزالها من أصل الدين (بودرى فقرة ٨٤٧ ص ٨٨١) .

اما اذا كان الحق ما بين المحيل والمحال عليه صوريا ، وحوله المحيل الى اخر فان المحال له يعتبر من الغير فى الصـورية اذا كان حسن النية ، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبله بانعدام الحق لصوريته . وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للمدين فى حوالة مدنية قبلها المدين والضامن قبولا ناقلا للملك أن يقيم الدليل فى وجه المحال له على صـورية السبب الظاهر فى ورقة الدين ، متى كان المحال له يجهل المعاملة السابقة التى أخفى سببها عليه ، وكان يعتقد ان السبب الظاهر حقيقى ، وكان المدين لم يدفع بعلم هذا المحال له للسبب الحقيقى وقت احتياله بالدين ، ولان اخفاء السبب الحقيقى تحت ستار السبب المنتحل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحال له (نقض مدنى ١١ ابريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٧ ص ٦٨٤ ـ انظر ايضـا : استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٣ ص ٢٩٣ ـ اسـتئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ ـ ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٧ ـ ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٥ ـ ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ ـ ٢٦ فبراير سـنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٩ ـ وانظر الوسيط جزء ٢ المجلد الثانى فقرة ٦٢١ ص ١٤١٢ هامش رقم ٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس للمدين فى حوالة مدنية أعلن بها ان يقيم الدليل فى وجه المحال له على صـورية السبب الظاهرة فى ورقة الدين متى كان المحال له يجهل المعاملة السـابقة ـ التى اخفى سببها عليه ـ ويعتقد بصحة السبب المذكور فى تلك الورقة : نقض فى ٢٢ يونية سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٠١ ص ١٣٢٤ .

(١) هيك ٢ فقرة ٣٧٨ ـ بودرى وسـينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨٠ ـ ص ٨٨١ .

الحوالة دون تحفظ ، فانه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المحال له بالمقاصة (١) كما كان يستطيع دفعها بالدفوع الأخرى . فقد رأينا أن المادة ٣٦٨ مدنى تنص على أنه « ١ ـ اذا حول الدائن حقه لغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل . ٢ ـ أما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة (٢) .

(١) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤ .

(٢) أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فيعمم حكم المقاصة على جميع الدفوع الاخرى ، فتنص المادة ٢٨٥/٢ منه ، كما رأينا ، على انه يجوز « للمديون ان يدلى باسباب الدفع والدفاع التى كان يحق له ان يدلى بها تجاه المتفرغ له . ويجرى الامر بالعكس اذا كان المديون قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط ، فهو يعد اذن عادلا عن وسائل الدفاع التى كان يملكها الى ذلك الحين » . وهذا الحكم منتقد ، وهو مخالف للمعنى الذى ينطوى عليه قبول الحوالة ، اذ لايعدو هذا المعنى ان يكون اقرارا من المحال عليه بعلمه للحوالة ، ولا يتضمن هذا القبول نزولا منه عن الدفوع التى كان له ان يتمسك بها قبل المحيل (انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨٤٨ ـ الاستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٥١ ص ٤٥ ـ الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٦ ـ ص ٣٧) . على ان قبول المحال عليه للحوالة قبولا لا تحفظ فيه ، ومتضمنا معنى انه قد التزم شخصيا نحو المحال له ، قد يفيد نزوله عن الدفوع التى كان يستطيع انيدفع بها مطالبة المحال لهفلايجوز لهبعد ذلكان يتمسك باىدفع منهذهالدفوع ، ويجب عليه ان يفى بالحق المحال به للمحال له ، ثم يرجع بعد ذلك على المحيل ان كان هناك وجه للرجوع (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٨ ـ الاسكندرية ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٢٣٦ ص ٤٥٠ ـ بودرى وسينيا فقرة ٨٤٩ ـ فقرة ٨٥٠ ـ قارن الموسكى ١٦ اكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٨٠ ص ٥٥٠) . ولكن تضمين قبول المحال عليه للحوالة معنى النزول عن الدفوع التى كانت له قبل المحيل لا يفترض ، بل لابد ان يكون هذا المعنى واضحا من قبول الحوالة ، فان قام شك فسر القبول لمصلحة المحال عليه ، لانه هو المدين ، واعتبر قبولا للحوالة مع الاحتفاظ بما للمحال عليه من دفوع كان له ان يتمسك بها قبل المحيل (بودرى وسينيا فقرة ٨٤٩ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠١ ـ ٥٠٢ ـ وانظر آنفا فقرة ٢٦٧) .

ويعرض التقنين المدنى الالمانى لدفع المحال عليه بالمقاصة ، فتنص المادة ٤٠٦ من هذا التقنين على ما يأتى : « يجوز للمدين ايضا ان يتمسك بالمقاصة قبل الدائن الجديد (المحال له) فى حق ثبت له فى ذمة الدائن السابق (المحيل) ، الا اذاكان وقتأن كسب هذا الحققد احاط علما بوقوع الحوالة ، والا اذا =

ويستطيع المحال عليه ثانيا أن يتمسك بالدفوع التى ترجع الى عقد الحوالة ذاته . مثل ذلك أن يكون عقد الحوالة باطلا ، وهو سند المحال له فى الرجوع على المحال عليه ، فلهذا أن يدفع ببطلانه أو يجوز أن يتمسك بالبطلان كل ذى مصلحة . أما اذا كان عقد الحوالة قابلا للابطال لمصلحة المحيل فان المحيل وحده هو الذى يستطيع أن يتمسك بابطال الحوالة ، ولا يستطيع المحال عليه ذلك لأن الابطال لم يتقرر لمصلحته ، بل ولا يستطيع أن يتمسك بالابطال باسم المحيل لأنه ليس دائنا له بل مدينا . فلا يبقى أمامه الا أن يدخل المحيل خصما فى الدعوى التى يرفعها عليه المحال له ، ويطلب منه اما أن يتمسك بابطال العقد والا دفع المحال عليه الحق المحال به للمحال له معتبرا سكوت المحيل عن التمسك بابطال العقد اجازة ضمنية منه للحوالة . وهذا هو أيضا شأن ما اذا كان عقد الحوالة قابلا للفسخ . فاذا كانت الحوالة فى مقابل ثمن لم يدفعه المحال له للمحيل ، وكان للمحيل أن يفسخ العقد لعدم دفع الثمن ، فليس للمحال عليه أن يتمسك بالفسخ ، فان الذى يتمسك به هو المحيل . وللمحال عليه أن يدخل المحيل خصما فى الدعوى حتى اذا رأى هذا أن يطالب بفسخ العقد فعل ، والا كان المحال عليه ملزما بدفع الحق المحال به للمحال له ، ثم يطالب المحيل المحال له بثمن الحوالة (١) . وقد يكون عقد الحوالة صوريا ، فيجوز للمحال عليه أن

= كان محله لم يحل الا بعد علمه بالحوالة ، ويشترط فى هذه الحالة الأخيرة الا يكون هذا الحق قد حل الا فى وقت لاحق لحلول الحق المحال به » . وانظر فى التعليق على هـذا النص التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٤٠٦ ص ٥٧٦ - ص ٥٧٨ .

(١) ويبدو منا قدمناه ان من الاسراف القول بان للمحال عليه ان يتمسك بالدفوع التى ترجع الى عقد الحوالة ذاته ، فقد رأيناه لا يستطيع ان يتمسك بابطال العقد او بفسخه ، ويجب عليه ان يدخل المحيل خصما فى الدعوى ليتولى بنفسه التمسك بذلك . واذا كان المحال عليه يستطيع التمسك ببطلان العقد ، فان ذلك لا يرجع الى قواعد الحوالة بل الى قواعد البطلان المطلق ، اذ يستطيع التمسك بالبطلان المطلق كل ذى مصلحة . وسنرى حالا ان المحال عليه يستطيع ان يتمسك بصورية الحوالة ، ولكن هذا أيضا يرجع الى قواعد الصورية لا الى =

يدفع بصــوريته (١) ، وان يثبتهــا بجميع الطــرق ، حتى بــالبينة وبالقرائن (٢) ، لأنه ليس طرفا فى الصورية • ولكنه لا يعتبر غيرا فيها ، اذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأى من طرفى الصورية ، فاذا وفى الحق المحال به للمحال له معتقدا بحسن نية أن الحوالة جــدية ، كان الدفع صحيحا مبرئا للذمة ، لا لأنه من الغير فى الصورية ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصورى ، بل لأنه وفى الحق الى الدائن الظاهر بحسن نية (٣) • على أنه اذا تمسك المحال عليه بصورية الحوالة ، جاز مع ذلك

= الحوالة ، فان الصورية كالبطلان المطلق يستطيع كل ذى مصلحة ان يتمسك بها • وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٣١٢ مدنى ، وهو النص الذى يجيز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ، يجرى على الوجه الاتى : « كما يجوز له ان يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال اليه وحده » ، اى يستطيع المحال عليه أن يتمسك ضد المحال له مثلا بمقاصة وقعت بين الحق المحال به وحق اخر مقابل ترتب فى ذمة المحال له للمحال عليه • فكان النص مستقيما على هذاالوجه • الا انه عدل فى لجنة المراجعة ، لتنسيقه مع المادة ٣٢٠ الواردة فى حوالة الدين ، مع أن هناك فرقا واضحا بين حوالة الدين وحوالة الحق فى هذا الصدد • ففى حوالة الدين ـ دون حوالة الحق ـ يكون المحال عليه دائما طرفا فى عقد الحوالة ، فمن حقه اذن أن يتمسك بالدفوع المستمدة من هذا العقد • (انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ ـ ص ١٣١ ـ انظر آنفا فقرة ٢٨٩ فى الهامش) • وكان الاولى ابقاء النص على أصله دون تعديل ، وهذا ما وقع فى التقنين المدنى العراقى فى المادة ٣٦٦ ، فقد بقيت هذه المادة على اصلها فى المشروع التمهيدى المصرى دون تعديل كما بينا ذلك آنفا فى فقرة ٢٨٩ فى الهامش • (انظر فى هذا المعنى الاستاذ شفيق شــحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٥٥ ـ الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٧ ـ وقارن الاســـتاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٦٠) •

(١) قارن اســتئناف مختلط ١٤ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ ـ ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٣ ص ٣٦٠) •

(٢) ولا يكفى لاثبات صورية الحوالة ان المقابل المدفوع يعادل قيمة الحق المحــال به مع ان هذا الحق لا ينتج فوائد ومع ان اســـتيفاءه يقتضى وقتا واجراءات طويلة (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٥) •

وقد قضت محكمة النقض بان عـــدم دفع المقابل فى الحوالة لا يجعلها صورية اذ تجيز المادة ٣٠٨ من القانون المدنى الحوالة بغير مقابل : نقض مدنى فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٢٢٠ •

(٣) الوسيط جزء ٢ الطبعة الثانية ، المجلد الثانى فقرة ٦٢١ ص ١٤١٢ هامش رقم ٢ •

اعتبار الحوالة الصورية توكيلا من المحيل للمحـال له فى قبض الحق المحال به من المحال عليه ، فيصح للمحال له باعتباره وكيلا الزام المحال عليه بدفع المحال به ، كما يجوز للمحيل الرجوع فى هذا التوكيل (١) .

الفـرع الثـالث

علاقة المحيـل بالمحـال عليـه

٢٩٦ ـ التمييز بين مرحلتين : فى علاقة المحيل بالمحال عليه يجب أن نميز بين مرحلتين : ١ ـ المرحلة التى تسـبق اعـلان الحوالة أو قبولها ٢ ـ ثم المرحلة التى تلى الاعلان أو القبول .

٢٩٧ ـ المرحلة التى تسبق اعلان الحوالة أو قبولها : فى هـذه المرحلة لا تزال الحوالة غير نافذة فى حق المحال عليه . ولا يزال صاحب الحق بالنسبة اليه هو المحيل . فيستطيع المحيل اذن أن يقوم باتخاذ جميع الاجراءات التحفظية اللازمة ، كأن يقطع التقـادم أو ن يقيـد الرهن وان يجدد القيد وأن يتقـدم فى التوزيع ونحو ذلك (٢) . وما ينتج من أثر يفيد بطبيعة الحال المحال له . وقد رأينا فيما قدمناه أن هذه الاجراءات التحفظية يستطيع المحال له أيضا ، فى هـذه المرحلة نفسها ، أن يتخذها باسمه .

كذلك يستطيع المحيل ، فى المرحلة التى نحن بصددها ، أن يجاوز الأعمال التحفظية الى الأعمال التنفيذية ، فهو بالنسبة الى المحال عليه لا يزال صاحب الحق كما قدمنا . فله أن يستوفى الحق مـن المحـال عليه ، وله أن يجبره على الوفاء . وليس للمحال عليه فى هذه الحـالة

---

(١) استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩ . وانظـر فى امكان أن تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل ما ذكرناه انفا فقـرة ٢٤٦ فى الهامش .

(٢) انظر انفا فقرة ٢٩١ فى الهامش .

الأخيرة الا أن يبادر الى قبول الحوالة حتى يجعلها نافذة فى حقــه فلا يوفى الحق المحال به الا للمحال له ، أو أن يدخل المحال له خصما فى الدعوى ويدعوه الى تحديد موقفه من الحوالة . كذلك يستطيع المحيل أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء ، كالتجديد والمقاصــة واتحاد الذمة والابراء ، ولا يكون للمحال له فى هذه الحالة الا الرجوع عليه بالضمان ان كان هناك محل للرجوع (١) .

ويستطيع المحيل أيضا أن يتصرف فى الحق المحــال به ، فهو لا يزال صاحبه بالنسبة الى المحال عليه وبالنسبة الى الغير ، فيحول الحق مرة أخرى الى محال له ثان على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك . ويجوز لدائنى المحيــل أن يحجزوا حجزا تحفظيــا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه (٢) . فالمحال له اذن يخلص لــه الحق المحال به بالحالة التى يكون عليها وقت الاعلان أو القبول ، لا بحالته وقت صدور الحوالة . واذ انتقص الحق بفعل المحيل ، فى الفترة ما بين وقت صدور الحوالة ووقت اعــلانها أو قبــولها ، فليس للمحال له الا الرجوع على المحيل (٣) .

٢٩٨ — المرحلة التى تلى اعــلان الحوالة أو قبولهــا : فــاذا ما أعلنت الحوالة أو قبلت ، فقد رأينا أنها تصبح نافذة فى حق المحال عليه وفى حق الغير ، ويصبح المحيل أجنبيا بالنسبة الى المحال عليه .

ومن ثم لا يستطيع المحيل فى هذه المرحلة أن يفعل شيئا مما كان يستطيع أن يفعله فى المرحلة الأولى . لا يســتطيع أن يستوفى الحق

---

(١) بوردى وسينيا فقرة ٨٥٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ .

(٢) ولكن لا يجوز لدائنى المحال له أن يوقعوا حجزا تحفظيا تحــت يد المحال عليه ، لان هذا لا يعتبر قبل الاعلان أو القبول مدنيا لمدينهم .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ — ص ٥١٨ — وقــد رأينا فيما قدمناه أن المحال له هو أيضا يستطيع ان يقوم باجراءات تحفظية واجراءات تنفيذية فى المرحلة التى نحن بصددها ، بحيث يكون للحق المحال به صاحبان فى وقت واحد .

من المحال عليه (١) . وان استوفاه كان الوفاء غير مبرىء لذمه المحال عليه كما قدمنا . ولا يستطيع بالاولى التزام المحـال عليه بالوفاء ، كما لا يستطيع ان يقضى الحق باى سبب مـن اسبـاب الا نقضـاء ، لا بالتجديد ولا بالمقاصه (١) ولا باتحاد الذمه ولا بابراء ولا بغير ذلك .

كذلك لا يستطيع المحيل آن يتصرف فى الحق المحال به بعد اعلان الحواله او قبولهـا ، لا ببيع ولا بهبه ولا برهـن ولا بغير ذلك مـن التصرفات ، فقد اصبح المحال له هو صاحب الحق كما سـبق القول . ولا يجوز فى هذه المرحله لدائنى المحيل ان يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، والحجز بعد اعـلان الحواله او قبولهـا لا يسرى فى حق المحال له . والذين يستطيعون أن يوقعوا الحجز تحت يد المحال عليه هم دائنو المحال له ، فقد أصـبح الحق ملك مـدينهم وحده (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ كان يبين من وثيقة التامين عـلى البضاعة المنقولة بحرا أن الطاعنة (وزارة التموين) قد وافقت بمقتضاها على أن تحل شركة التأمين بما تدفعه من تعويض عن الخسائر والاضرار - بمقتضى هذه الوثيقة - محلها فى جميع الدعاوى والحقوق التى لها قبل الغيرالمسئول، فمفاد ذلك أن الطاعنة حولت حقها فى التعويض عن الضرر قبل المسـئول لشركة التامين ، مما لا يجوز معه لطاعنة (وهى المؤمن لها) أن تجمـع بين مبلغ التعويض ومقابل التامين والا استحال تنفيذ ما اتفق عليه بالمشارطة من رجوع شركة التامين على الناقلة وهى المسئولة عن الضرر : نقض مدنى فى ٢٨ ابريل سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ١٢٢ ص ٧٤٩ .

(٢) واذا كان الحق المحال به مضافا الى اجل ، وكان الاجل فى صالح المحيل ، لم يستطع هذا ، هذا الاعلان او القبول ، أن ينزل عن الاجـل حتى يتمسك بالمقاصة فى دين كان قد حل فى ذمته للمحال عليه . واذا كان الاجل فى صالح المحال عليه ، لم يستطع هو أيضا ، بعد الاعلان او القبـول ، أن ينزل عن الاجل ليتمسك بالمقاصة (بلانيول وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ هامش رقم ٣) .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ .

أو قبولها ، يكون للمحال عليه دائنان فى دين واحد ، هما المحيل والمحال

الفـرع الـرابع

عـلاقة المحـال لـه بالغير

٢٩٩ ـ النصوص القانونيـة : تنص المـادة ٣١٣ مـن التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التى تصـبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير » .

وتنص المادة ٣١٤ على ما يأتى :

« ١ ـ اذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة الى الحاجز بمثـابة حجز آخـر » .

« ٢ ـ وفى هذه الحـالة اذا وقع حجز آخر بعـد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير ، فان ، الدين يقسم بين الحاجز المتقـدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمه غرماء ، على أن يؤخـذ من حصـة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة [١] » .

وليس للنص الأول مقابل فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣١٣ : ورد هذا النص فى المادة ٤٤٠ من المشروع التمهيدى عـلى وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنـة المراجعة تحت رقم ٣٢٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٣ (مجموعة الاعمال التحضـيرية ٣ ص ١٣١ ـ ١٣٢) .

م ٣١٤ : ورد هذا النص فى المادة ٤٤١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٣ ـ ص ١٣٥) .

كان معمولا به دون نص لانطباقة على القواعد العامة.أما النص الثانى فيقابله فى تقنين المرافعات الاسبق المادة ٤٣٣/٤٩٥ (١) .

ويقابل النصان فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣١٣ — ٣١٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٠٠ — ٣٠١ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٧٣— ٣٧٤، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المواد ٦٤٧ — ٦٤٩ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٣٧٥ — ٣٧٦ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ١٠١٥/١ و ١٠١٦ (٢) .

---

(١) تقنين المرافعات الاسبق م ٤٣٣/٤٩٥ : اذا وقع الحجز على مال المدين عند الغير ، ثم احال المدين اجنبيا بالزائد له عند المحجوز لديه أو بعضه وأعلنت الحوالة اعلانا صحيحا ، ثم ظهر بعد ذلك مداينون اخرون ووقعوا الحجز ، فهؤلاء يتحاصون مع الحاجزين السابقين ومع المحتال بشرط أن ينقص من حصته كل من الحاجزين المتأخرين قدر ما يفى باتمام مبلغ الحوالة كل منهم بحسب ما يخصه بالنسبة لدينه . (وهذا الحكم يتفق مع الحكم الوارد فى المادة ٣١٤ من التقنين المدنى الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣١٣ — ٣١٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدنى المصرى) .

= التقنين المدنى الليبى م ٣٠٠ — ٣٠١ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٧٣ — ٣٧٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين اصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٦٤٧ : ان التفرغ عن الدين المطلوب للمحجوز عليه يجعل الحجز باطلا اذا جرى هذا التفرغ قبل ابلاغ ورقة الحجز الى الشخص الثالث المحجوز لديه .

م ٦٤٨ : اذا حدث بعد الحجز لدى شخص ثالث ، وقبل كل حكم باثبات الحجز وكل قرار بحصر امتياز الحجز ، أن المدين تفرغ لاحد عن الدين المحجوز لدى الشخص الثالث ، فان التفرغ يكون باطلا بهذه الصفة ، بيد أن المتفرغ له يصبح تجاه الحاجز الاول بمنزلة حاجز ثان ، ويشترك معه على نسبة ماله من الدين .

م ٦٤٩ : اذا حدث بعد أول حجز لدى شخص ثالث ، وقبل كل حكم باثبات الحجز وكل قرار بحصر امتياز الحجز ، أنه جرى أولا تفرغ عن الدين ثم حجز ثان ، فان المتفرغ له يأخذ نصيبه وقت التوزيع مع الحاجز الاول ويكون مقدما على الحاجز الثانى . ويتم التوزيع على الوجه الاتى : تحدد أولا حصة الحاجز الاول باجراء توزيع نسبى بين ذوى الشأن الثلاثة ، ثم تعطى الزيادة للمتفرغ له بالافضلية على الحاجز الثانى .

=

وقد عرضت هذه النصوص لطائفتين من الغير ، لتقرر لمن يكون التقدم اذا تزاحم المحال له مع الغير • وهاتان الطائفتان هما : ١ — محال له آخر بنفس الحق المحال به أولا ، سواء تضمنت الحوالة بيعا أو هبة أو رهنا أو غير ذلك من التصرفات • ٢ — دائن حاجز من جهة المحيل يكون قد حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه •

وقد رأينا فيما تقدم [١] أن الغير فى الحوالة يشمل هاتين الطائفتين ويشمل أيضا طائفة ثالثة هى دائنو المحيل اذا شهر افلاسه أو اعساره • ورأينا أن العبرة فى نفاذ الحوالة فى حق هؤلاء الأغيار — أى الطوائف الثلاثة — بالتاريخ الثابت لاعلان المحال عليه بالحوالة أو لقبوله بها •

ولا تقوم صعوبة فى تطبيق هذا المبدأ بالنسبة الى طائفتين من هذه الطوائف الثلاث ، وهما طائفة دائن المحيل المفلس أو المعسر وطائفة المحال له الثانى • وانما تقوم الصعوبة فى تطبيق المبدأ بالنسبة الى الدائن الحاجز • فنبحث أولا الطائفتين الأولين ، ثم نفرد بعد ذلك مبحثا خاصا بالدائن الحاجز •

= وهذه النصوص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصرى • أنظر معذلك الدكتور صبحى محمصانى ، ، وهو يقول : « ان الفرق واضح فى احكام ما بين التقنين اللبنانى والتقنينات العربية فان أفضلية المحال له بالنسبة للحاجز الثانى محدودة بقيمة الحوالة فى هذه القوانين ، على حين أن الافضلية مطلقة فى القانون اللبنانى » (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٩) • ولا نظن ، مهما تكن الافضلية مطلقة فى التقنين اللبنانى، أن المحال له يحصل فى التوزيع على اكثر من قيمة الحوالة ، وهذا هو الحكم أيضا فى التقنينات العربية الاخرى •

التقنين المدنى الكويتى م ٣٧٥ — ٣٧٦ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الاردنى م ١٠١٥/١ و ١٠١٦ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدنى المصرى) •

(١) انظر انفا فقرة ٢٦٤ •

المبحث الثامن

التزاحم بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر أو محال له آخر .

٣٠٠ — **التزاحم بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس او المعسر** . اذا صدرت الحوالة من المحيل ، وقبل ان تصبح نافذة في حق الغير بالاعلان أو القبول تشهر افلاس المحيل او تشهر اعساره ، فان دائني المحيل في هذه الحالة يصبحون من الغير بالنسبة الى المحال لـه ، وذلك من وقت صدور الحكم بالافلاس أو من وقت تسجيل صحيفة دعوى الاعسار .

أما فيما يتعلق بالافلاس ، فقد نصت المادة ٢١٦ من التقنين التجاري على أن « الحكم باشهار الافلاس يوجب بمجرد صدوره رفع يد المفلس من تاريخ هذا الحكم عن اداره جميع امواله ... » . ومن المجمع عليه في الفقه التجاري ان غل يد المفلس من تاريخ صدور الحكم بالافلاس لا يقتصر فحسب على ادارة الأموال ، بل هو يشمل أيضا ، ومن باب أولى ، التصرف في هذه الأموال (١) . ومن النتائج التي يرتبها فقهاء القانون التجاري على هذا المبدأ أنه « اذا اشترط القانون لسريان التصرف على الغير اتمام اجراءات أو أشكال معينة ، فلا يعتبر التصرف بالنسبة الى جماعة الدائنين قد كمل الا اذا تمت الاجراءات أو الأشكال المذكورة قبل صدور حكم الافلاس . فاذا لم تكن قد تمت حتى هذا الوقت ، فلا يجوز اجراؤها بعد ذلك ، ومن ثم لا يحتج بالتصرف على جماعة الدائن لأنها من الغير (٢) » . وتطبيقا لهذا المبدأ ، اذا حول الدائن قبل شهر افلاسه الحق الذي له في ذمة مدينه الى شخص آخر ، ولم يكن التاريخ الثابت لاعلان هذه الحوالة الى المدين أو لقبوله

---

(١) الاستاذ محسن شفيق في الافلاس فقرة ٢٤٤ ص ٣٣٨ .

(٢) الاستاذ محسن شفيق في الافلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٨ . ويشير الى حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ ابريل سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٢٣ .

ايا‌ما سابقا على تاريخ الحكم بشـــهر الافــلاس ، فان دائني المحيل المفلس يعتبرون من الغير بالنسبة الى هذه الحوالة ، ولما كان تــاريخ نفاذها تاليا لصيرورتهم من الغير ، فان الحوالة لا تنفذ فى حقهم . وفى هذه الحالة يبقى الحق المحال به فى « روكية » المحيل المفلس تتناوله اجراءات الافلاس ، ويدخل المحال له ضمن دائني التفليسة بما له من حق الرجوع على المحيل ، ويقاسم هؤلاء الدائنين قسمة الغرماء (١) .

واما فيما يتعلق بالاعسار ، فقد نصت المادة ٢٥٧ مدنى على انه « متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته،

---

(١) ليون كان ورينو ٢ فقرة ٢٠٦١ ـ الأستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٩ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدفع بعدم جواز اعلان الحوالة للمدين المحال عليه بعد افلاس المحيل لا يجوز التمسك به الا من دائني هذا الاخير الذين تتكون منهم جماعة الدائنين (٢٢ مارس ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٥ ـ وانظر ايضا : استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢) .
ويقول الاستاذ محسن شفيق فى هذا الصدد : « ويسرى ذات الحكم اذا كان الحق مما يتداول بالطرق التجارية ، اى بطريق التسليم اذا كان لحامله ، او التظهير اذا كان اذنيا ، او القيد فى دفاتر المحال عليه اذا كان اسميا ، لان التسليم او التظهير او القيد فى الدفاتر يقوم مقام الاجراءات الخاصة بالحوالة المدنية . وعلى هذا الأساس اذا تنازل المفلس عن ورقة تجارية او مالية لحاملها ، ولم يقع التسليم حتى صدور حكم الافلاس ، فلا يحتج بالتنازل فى مواجهة جماعة الدائنين . واذا تنازل عن ورقة تجارية أو مالية اذنيه ولـــم توضع صيغة التظهير الناقل للملكية على الورقة حتى صدور حكم الافلاس ، فلا يجوز وضـــــعها بعد ذلك ، ولا يكون للمتنازل اليه ان يحتج بالتظهير فى مواجهة جماعة الدائنين ولو كان الصـــــك فى حيازته ، ومن هنا تبدو اهمية تاريخ التظهير . ولما كان القانون لا يتطلب أن يكون هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمى ، فقد اراد أن يعوض ذلك بتوقيع العقوبة على الكذب فيه ، وعـــلى الاخص اذا كان هذا الكذب بتقديمه ، فقضى فى المادة ١٣٦ تجـــــارى بان تقديم التواريخ فى التحاويل ممنوع ، وان حصل يعد تزويرا . واذا تنــــازل المفلس عن سهم أو سند اسمى ، ولم تتم اجراءات التنازل فى دفاتر للشركة حتى وقت صدور حكم الإفلاس ، فلا يجوز بعد ذلك اتمامها ، ولا يحتج بالتنازل فى مواجهة جماعة الدائنين ، فيكون لها أن تعتبر السهم أو السند لا يزال فى ملكية المفلس : استئناف مختلط ١٢ ابريل ســــنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٣ » (الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٠ ـ ص ٣٦٠) .

كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » • ويتبين من هذا النص أنه بعد شهر اعسار المدين ، كل تصرف يصدر منه منذ تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة والرهن ويدخل فى ذلك حوالة الحق على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن ، أو يزيد فى التزاماته كالقرض ، وأى وفاء يقوم به ولو لدين حال ، يكون غير سار فى حق الدائنين ، وذلك دون حاجة الى اثبات اعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الاعسار ، ودون حاجة الى اثبات سوء نية المدين أو سوء نيه المتصرف اليه ولو كان التصرف معاوضة• وهذه الوقاية تفضل العلاج الذى تقدمه الدعوى البوليصية (١) • وكما أن الحوالة التى صدرت بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لا تسرى فى حق دائنى المعسر اذ يعتبرون من الغير بالنسبة اليها ، كذلك اذا لم تتم الاجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة فى حق الغير قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فان الحوالة لا تسرى فى حق دائنى المعسر باعتبارهم من الغير • فاذا صدرت الحوالة من المحيل ولو قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ،ولكن التاريخ الثابت لاعلانها أو لقبولها لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فان الحوالة لا تنفذ فى حق دائنى المعسر ، ويبقى الحق المحال به داخلا فى الضمان العام لجميع الدائنين ، ومنهم المحال بما له من حق الرجوع بالضمان على المحيل ، فيكون أسوة الدائنين الآخرين فى التنفيذ على أموال المدين المعسر ، وذلك وفقا للمادة ٢٥٦ مدنى •

٣٠١ — **التزاحم بين محال له ومحال له آخر** :رأينا أن المادة ٣١٣مدنى تنص على أنه « اذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير » • فالمفروض أن المحيل قد حول حقه مرة أولى ، ثم حول نفس الحق مرةأخرى ، سواء كانت الحوالة فى اية مرة من المرتين على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن

(١) الوسيط جزء ٢ الطبعة الثانية ، المجلد الثانى فقرة ٧٠٨ ص١٥٩٢ .

أو غير ذلك ، فتزاحم المحال له الأول مع المحال له الثانى ، فأيهما يقدم على الآخر ؟ .

يقول النص ان الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير هى التى تفضل . ولا تنفذ الحوالة فى حق الغير ، كما قدمنا ، الا اذا أعلنت الى المحال عليه أو الا اذا قبلها وكان لهذا القبول تاريخ ثابت . فمن من المحال لهما سبق الآخر الى اعلان الحوالة للمحال عليه ، أو سبق الآخر الى الحصول على قبول ذى تاريخ ثابت من المحال عليه للحوالة ، كان هو المقدم (١) . فالعبرة اذن ، عند تزاحم هذين ، فى المفاضلة بينهما ، ليس بتاريخ صدور الحوالة ، بل بالتاريخ الثابت لاعلانها أو لقبولها من المحال عليه (٢) .

وقد يقع أن يحول الدائن جزءا من حقه الى محال له أول ، والجزء الباقى الى محال له ثان . فهنا لا يقوم تزاحم بين المحال لهما ، اذ كل منهما قد حول بجزء من الحق غير الجزء الذى حول به الآخر . فيرجع كل منهما بالجزء المحول به على المحال عليه ، ويستوفى منه

(١) ولو كان المحال له الاسبق فى التاريخ الثابت قد انتقل اليه الحق المحال به ببيع أو هبة مثلا ، فانه يجب المحال له المتأخر ، سواء كان هذا قد كسب الحق أو اقتصر على رهنه . أما اذا كان المحال له المتقدم لم ينتقل اليه الحق الا على سبيل الرهن ، وكان له المتأخر قد كسب الحق ببيع أو هبة مثلا ، فان المحال له الاول لا يجب المحال له الثانى الا فى حدود حق الرهن ، فينتقل الحق المحال به الى المحال له الثانى مثقلا بحق الرهن الثابت للمحال له الاول . فاذا استوفى المحال له الاول الحق المضمون بالرهن من الحق المحال به المرهون ، وبقى شىء من هذا الحق الاخير ، فان الباقى يؤول الى المحال له الثانى .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٧٩ - المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٣١ - هذا ويشترط فى تفضيل صاحب التاريخ الثابت المتقدم أن يكون حسن النية (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ - الوسيط جزء ٢ الطبعة الثانية ، المجلد الاول فقرة ١٢٤ ص ٣١٤) . وهذا بخلاف التسجيل فى شهر الحقوق العينية الاصلية ، فان الذى يسجل أولا يفضل على من سجل بعد ذلك ولو كان هذا الاخير قد تلقى التصرف قبل الاول ، ولا يشترط فيمن سجل أولا ، حتى يفضل ، أن يكون حسن النية . بل ان القضاء المصرى قد ذهب فى بعض احكامه الى تفضيل من سجل اولا ولو كان متواطئا مع من صدر منه التصرف (الوسيط جزء ٢ الطبعة الثانية ، المجلد الثانى فقرة ٥٨٨ ص ١٣٣٩ هامش رقم ٣) .

كاملا . فلو كان الحق مائة ، وحول كل من المحال لهما بخمسين ، رجع كل منهما على المحال عليه بالخمسين التى له دون تزاحم . وانما يقع التزاحم اذا كان المحال عليه معسرا اعسارا جزئيا ، فاذا فرضنا فى المثل المتقدم أنه لم يخلص للمحال مهما من مال المحال عليه الا خمسون، فلكل منهما خمسة وعشرون ، اذ لا وجه لتفضيل أحدهما على الآخر فى هذه الحالة،ولو كانت حوالته نافذة فى حق الغير قبل نفاذ حوالة الآخر، لأننا لسنا فى مقام تزاحم بين حوالتين بحق واحد ، بل فى مقام تزاحم دائنين لا يستطيعان أن يستوفيا الحق كاملا فيقسم مال المدين بينهما قسمة غرماء . وقد رأينا أن هذا الحكم ينطبق أيضا فيما اذا كان المحيل قد حول جزءا من حقه الى محال له واستبقى لنفسه الجزء الآخر ، فاذا كان مال المحال عليه لا يفى بحق كل منهما ، قسما هذا المال بينهما قسمة الغرماء هنا أيضا ، وهذا ما لم يكن المحيل قد ضمن للمحال له يسار المحال وقت حلول الحق المحال به ، ففى هذه الحالة يتقدم المحال له على المحيل (١) .

على أن من الجائز ، عند تحويل الدائن جزءا من حقه ، أن يتفق مع المحال له ، وقت الحوالة أو بعدها ، على أن يكون هذا الجزء مقدما فى الاستيفاء على الجزء الباقى ، سواء استبقى هذا الجزء الباقى لنفسه أو حوله الى محال له آخر . ففى هذه الحالة يسرى الاتفاق على المحيل اذا كان قد استبقى لنفسه الجزء الباقى ، وعلى المحال له الآخر اذا كان قد حول له هذا الجزء الباقى لأنه يكون قد علم — أو من المفروض أنه علم — بأسبقية الجزء المحول أولا على الجزء الذى حول له أخيرا بالاستعلام عن ذلك من المحال عليه وقت صدور الحوالة له . ومن ثم يتقدم الجزء الأول المحال به فى الاستيفاء على الجزء الباقى . أما اذا أراد الدائن أن يجعل الأسبقية للجزء الباقى من الحق فلابد ان يحتفظ له بهذه الأسبقية عند اجراء حوالة الجزء الأول (٢) .

(١) انظر آنفا فقرة ٢٨٢ فى آخرها .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٧ — ص ١٦٨ — بودرى وسينيا فقرة ٨٥٤ .

المبحث الثـــانى
التزاحم بين المحال له والدائنين الحاجزين

٣٠٢ ــ حالات ثلاث : رأينا أن المادة ٣١٤ مدرنى تنص على أنه :
« ١ ــ اذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة الى الحاجز بمثـابة حجز آخر ،
٢ ــ وفى هذه الحالة ، أذا وقع حجز آخر بعد أن أصـبحت الحـوالة نافذة فى حق الغير ، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال لــه والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة » .

ويوحى هذا النص بأنه يجب التمييز بين حالات ثلاث : ١ ــ بعد صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير عمد أحد دائنى المحيل الى توقيــع حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، فقام التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز . ٢ ــ قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير بادر أحد دائنى المحيل الى توقيع الحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، فقام التزاحم بين الدائن الحاجز والمحال له . ٣ ــ قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير ، بادر أحد دائنى المحيل الى توقيع الحجز ، ثم بعد صيرورتهـا نافذة فى حق الغير وقع دائن آخر حجزا ثانيــا ، فقام التزاحم بين الدائن الحاجز الأول والمحال له والـدائن الحـاجز الثانى . ولكل من هذه الحالات الثلاث حكمها الخاص .

٣٠٣ ــ التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز : نفرض فى هذه الحالةأن الحوالة قد صارت نافذة فى حق الغير قبل توقيع الحجز ، بأن استطاع المحال له أن يعلن المحال عليه بها قبل أن يعلنه الدائن بالحجز ، أو استطاع أن يحصل من المحال عليه على قبـول ذى تاريخ ثـابت سـابق على تاريخ اعلان الحجز للمحال عليه .

لم يرد فى هذه الحالة نص لوضـوحها (١) . فمـن البديهى أن

---

(١) ورد فى تقنين اصول المحاكمات المدنية اللبنانى نص صريح فى هذا المعنى ، هو المادة ٦٤٧ من هذا التقنين (انظر انفا فقرة ٢٩٩ فى الهامش) .

الحوالة وقد نفذت فى حق الغير — أى فى حق الدائن الحاجز — قبل تاريخ اعلان الحجز ، فقد انتقل الحق المحال به من المحيل الى المحال له بالنسبة الى الدائن الحاجز قبل توقيع الحجز . فيكون الحجز وقت توقيعه قد وقع على حق غير مملوك للمدين ، فيقع باطلا لانعدام المحل . ومن يتقدم المحال له فى هذه الحالة على الدائن الحاجز ، ويستولى أولا على قيمة حوالته (١) . فان كانت الحوالة بكل الحق ، أخذه كله من المحال عليه ، ولا يبقى للدائن الحاجز شىء . وان كانت الحوالة بجزء من الحق ، استولى المحال له على هذا الجزء كاملا قبل الدائن الحاجز ، وما يبقى من الحق بعد ذلك يستوفى منه الدائن الحاجز حقه أو بعض حقه بحسب الأحوال (٢) .

٣٠٤ — التزاحم بين الدائن الحاجز والمحال له : نفرض فى هذه الحالة أن الدائن الحاجز قد سبق المحال له ، فأعلن الحجز للمحال عليه قبل أن يعلن المحال له الحوالة أو قبل أن يحصل على قبول بها ذى تاريخ ثابت من المحال عليه (٣) .

لاشك فى أن الحجز هنا وقع على الحق المحال به فى وقت كان هذا الحق فى ملك المدين ، فالحجز صحيح منتج لأثره . ولكن الحوالة المتأخرة تعتبر هى نفسها بمثابة حجز متأخر ، فان المحال له دائن بالضمان للمحيل ، وباعلانه الحوالة أو بقبولها من المحال عليه يكون كأنه أوقع بحقه فى الضمان حجزا آخر تحت يد المحال عليه . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣١٤ مدنى ، فهى تقول : « اذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٧ — ١٤ ابريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٣ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٧ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٦ .

(٣) وهذا حتى لو كان حتى الدائن الحاجز متأخرا عن صدور الحوالة ، مادام اعلان الحجز سابقا على الاعلان أو التاريخ الثابت للقبول .

حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة الى الحاجز بمثابة حجز آخر (١) .

ولما كان الحجز المتقدم لا يفضل على الحجز المتأخر ، بل كل من الدائنين الحاجزين يزاحم الآخر ويقسم مال المحيل بينهما قسمة الغرماء ، فان وجد مال عند المحال عليه يفى بكل من الحجز كاملا والحوالة كاملة ، أخذ كل منهما جميع حقه . أما اذا ضاق المال الذى للمحيل عند المحال عليه عن ذلك ، فان هذا المال يقسم بين الحاجز والمحال له قسمة غرماء كما قدمنا . فلو كان حق الحاجز مائتين ، والحوالة بثلثمائة ، ولم يوجد عند المحال عليه للمحيل الا أربعمائة ، أخذ الحاجز خمسى هذا المبلغ أى مائة وستين ، وأخذ المحال له ثلاثة الاخماس الباقية أى مائتين وأربعين (٢) .

٣٠٥ — التزاحم بين الدائن الحاجز الاول والمحال له والدائن الحاجز الثانى : نفرض فى هذه الحالة أن الحاجز الأول أعلن حجزه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه ، ثم صارت الحوالة نافذة فى حق

(١) أما اذا كان الحجز باطلا ، بأن كان لم يعلن أو لم تعقبه دعوى بصحة الحجز ، فلا يعتد به ، وتكون الحوالة نافذة فى حق الحاجز (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٦ ص ١٦) .

(٢) أما اذا كان الدائن الحاجز قد استطاع الحصول على الحكم بصحة الحجز قبل اعلان الحوالة أو قبولها ، ولم يقع الاعلان أو القبول الا بعد انقضاء خمسة عشر يوما من يوم تقرير المحجوز لديه بما فى ذمته فى قلم كتاب المحكمة (٣٢٩ مرافعات ، فان الدائن الحاجز يكون فى هذه الحالة بمثابة محال له سابق ، ويتقدم على المحال له فى استيفاء حقه من الحق المحجوز عليه . ويفهم هذا الحكم من نص المادة ٣٤٤ مرافعات ، اذ تقضى بأنه « يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوما من تاريخ تقريره (بما فى ذمته) أن يدفع الى الحاجز المبلغ الذى اقر به أو ما يفى منه بحق الحاجز، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتا بسند تنفيذى وكانت الأجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٨٥ قد روعيت) . وكانت المادة ٥٦٧ من قانون المرافعات السابق المقابلة للمادة ٣٤٤ من قانون المرافعات الحالى تضيف فقرة ثانية جرى نصها على الاتى : « فاذا وقع حجز جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ، فلا يكون له اثر الا فيما زاد على دين الحاجز الاول . واذا تعدد الحاجزون مع عدم كفاية المبلغ لوفاء حقوقهم جميعا ، وجب على المحجوز لديه ايداعه خزانة المحكمة لتقسيمه » (انظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بودرى وسينيا فقرة ٨٥٨) .

الغير ، وبعد ذلك أعلن الحاجز الثانى حجزه • فعندنا اذن حاجز متقدم ، ثم محال له ، ثم حاجز متأخر (١) •

لولم يوجد نص صريح فى هذه المسألة ، لكان الحكم الذى يتفق مع القواعد العامة هو على الوجه الآتى : لا محل للاعتداد بالحجز المتأخر ، فأن الحجز الذى يتأخر عن الحوالة يكون باطلا لانعدام محله • ولا محل اذن للقول بمزاحمة الحاجز الثانى للحاجز الأول باعتبار أن كلا منهما دائن حاجز ، فقبل القول بهذه المزاحمة يجب أن يكون كل من الحجزين قد وقع صحيحا • وهنا قد وقع الحجز الثانى الثانى باطلا ، فلا محل للقول بالتزاحم بين حجز صحيح وحجز باطل • ويترتب على ذلك أنه يجب استبعاد الحاجز المتأخر اذا كانت الحوالة المتقدمة عليه حوالة بكل الحق ، ثم يقسم هذا الحق بين الحاجز المتقدم والمحال له قسمة غرماء ، كما فعلنا فى الحالة الثانية (٢) •

ولكن التقنين المدنى الجديد أراد أن يحتفظ بالحل الذى كان منصوصا عليه فى تقنين المرافعات الأسبق(٣) ، توخيا لاستقرار التعامل فى مسألة حسم التردد والاضطراب فيها بنص تشريعى فى العهد السابق فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٤ مدنى على أن « الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة » •

---

(١) وغنى عن البيان ان الحوالة اذا تأخرت عن الحجز الثانى ، فتزاحم الدائن الحاجز الاول والدائن الحاجز الثانى والمحال له بهذا الترتيب ، اعتبرت الحوالة بمثابة حجز ثالث ، وقسم الحق المحجوز على الجميع قسمة غرماء •

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٠ ص ٥٢٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٧٢٩ - وقارن بودرى وسينيا فقرة ٨٦٠ ص ٨٩١ - ص ٨٩٢ •

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧ ص٥٤٧ - ص٥٤٨ - المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٤ •

فاذا فرضنا أن الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه هو تسعمائة ، وكان حق الحاجز المتقدم ثلثمائة ، وحق المحال له ستمائة أى أن المحال له حول بجزء من الحق ، وحق الحاجز المتأخر ثلثمائة ، فاننا أولا نقسم الحق وقيمته تسعمائة بين الثلاثة قسمة غرماء ، فينال الحاجز المتقدم ٢٢٥ ، والمحال له ٤٥٠ ، والحاجز المتأخر ٢٢٥ ، ثم تستكمل حصة المحال له الى ٦٠٠ من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى قيمة الحوالة كلها ،فتنزل حصة الحاجز المتأخر الى ٧٥ . وتكون حصص الثلاثة نهائيا على الوجه الآتى : للحاجز المتقدم ٢٢٥ ، وللمحال له ٦٠٠ ، وللحاجز المتأخر ٧٥ .

والعلة فى هذا الحكم المنصوص عليه أن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم اذ لا محل لتفضيل أحدهما على الآخر ، وأراد فى الوقت ذاته ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئا قبل أن يستوفى المحال له كل حقه لأن الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر، فأدى تطبيق هاتين الفكرتين معا — مزاحمة الحاجز المتأخر للحاجز المتقدم وجب الحوالة المتقدمة للحجز المتأخر — الى هذا الحل التشريعى . والخطأ فى هذا الحل واضح ،فقد كان ينبغى ألا يزاحم الحاجز المتأخر وحجزه باطل الحاجز المتقدم وحجزه وحده هو الصحيح ، وكان الواجب أن المحال له وحده هو الذى يزاحم الحاجز المتقدم (1) .

---

(1) ولايقال انهذا الحل التشريعى يستقيم اذا كانت الحوالة بكل الحق، فتجب الحوالة الحجز المتأخر ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئا . فلا يزال الحاجز المتأخر — وحجزه باطل — يزاحم الحاجز المتقدم . وهذه المزاحمة غير الحقة من شأنها أن تنقص حصة الحاجز المتقدم من جهة ، وأن تزيد فى حصة المحال له من جهة أخرى . ففى المثل الذى أوردناه ، لو كانت الحوالة بكل الحق أى بتسعمائة ، فان حصة الحاجز المتقدم على أساس تزاحم الدائنين تكون ١٨٠ . وتحدد حصة كل من المحال له والحاجز المتأخر مبدئيا على أساس هذا التزاحم ، فتكون حصة المحال له ٥٤٠ ، وحصة الحاجز المتأخر ١٨٠ . ثم تستكمل حصة المحال له من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى المحال له قيمة الحوالة ، فيستغرق ذلك حصة الحاجز كلها دون =

ومهما يكن من أمر ، فان هذا الحل التشريعى أقل عيبا من حل آخر ساد الفقه والقضاء فى فرنسا (١) ، ويقضى بأن الحاجز المتقدم يزاحمه كل من المحال له والحاجز المتأخر كما فى الحل الاول . ثم تحدد حصة المحال له على أساس ألا يزاحمه الا الحاجز المتقدم اذ الحجز المتأخر لا يزاحم الحوالة المتقدمة ، وما يتبقى بعد ذلك يأخذه الحاجز المتأخر . فلو أن الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه هو تسعمائة حولة كله الى محال له ، وتقدم الحوالة حجز بثلثمائة ، وتأخر عنها حجز بثلثمائة أخرى ، فان حصة الحاجز المتقدم تحدد على أساس تزاحم الدائنين الثلاثة ، فتكون ١٨٠ . ثم تحدد حصة المحال له على أساس تزاحم مع الحاجز المتقدم وحده ، فتكون ٦٧٥ . ومايتبقى بعد ذلك يعطى للحاجز المتأخر ، فتكون حصته ٤٥ (٢) . ويجمع هذا الحل

= أن يصل المحال له الى استيفاء كل القيمة ، وتصبح حصة المحال له نهائيا ٧٢٠ ، ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئا . هذا هو الحل التشريعى ، وهو لايزال متحيزا للحاجز المتقدم ومحابيا للمحال له ، اذ ينبغى بعد استبعاد الحاجز المتأخر لبطلان حجزه ، الا يزاحم الحاجز المتقدم غير المحال له . فيأخذ الحاجز المتقدم ٢٢٥ بدلا من ١٨٠ ، ويأخذ المحال ٦٧٥ بدلا من ٧٢٠ .

اذا كان ينبغى الا يضار المحال له بالحجز المتأخر وهو حجز باطل ، فلا يزاحمه مع الحاجز المتقدم الحاجز المتأخر لتنزل حصته الى ٥٤٠ ، فانه ينبغى أيضا الا يحابى المحال له بسبب هذا الحجز الباطل ، فيزاحم الحاجز المتأخر الحاجز المتقدم وينقص من حصته ما يضيفه الى المحال له فترتفع هذه الحصة الى ٧٢٠ فالمحال له اذا نزلت حصته الى ٥٤٠ يكون قد خسر دون حق بسبب حجز باطل ، واذا ارتفعت حصته الى ٧٢٠ يكون قد كسب دون حق بسبب هذا الحجز الباطل . والواجب هو الا يخسر ولا يكسب ، فتكون حصته ٦٧٥ ، لا تنزل الى ٥٤٠ ، ولا ترتفع الى ٧٢٠ .

(١) هيك ٢ فقرة ٤٠١ – بودرى وسينيا فقرة ٨٦١ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٣٢ ص ٤٣٠ – ص ٤٣١ – وانظر القضاء الفرنسى فى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٠ . ولم يتضمن التشريع الفرنسى حلا تشريعيا لهذه المسألة ، كما تضمن التشريع المصرى .

(٢) وقد يتفق هذا الحل مع الحل الأول فى النتائج النهائية ، اذا كان المحال له قد حول بجزء من الحق يستطيع أن يستوفيه بالرغم من مزاحمة الحاجز المتقدم له ، كما هو الأمر فى المثل الذى فرضناه فى ايضاح الحل الاول . وقد جاء فى الموجز فى هذا الصدد ما يأتى : « ويمكن أن نصور فرضا =

بين عيب الحل الأول يجعله الحجز المتاخر وهو باطـل يزاحم الحجز المتقدم وهو وحده الحجز الصحيح ، وبين عيب آخر اذ يجعل للحجز المتاخر حصه مع الحواله المتقدمه وينبغى الا ياخذ الحـاجز المتاخر شيئا حتى يستوفى المحال له كل حوالته (١) ٠

= يتفق فيه الحلان — الحل المأخوذ به فى فرنسا والحل الذى اخذ به المشرع المصرى — فى النتيجه العمليه على ما بينهمـا من خـلاف ٠ ويكفى فى ذلك ان نجعل المحال له يستوفى كل حقه دون حاجة الى ان يستكمل هذا الحق من نصيب الحاجز الثانى ٠ فيكون نصيب المحال له واحدا فى الحلين ٠ ولمـا كـان نصيب الحاجز الاول واحدا فى الحلين ايضا ، فيتحد نصيب الحاجز الثانى كذلك ٠ ونوضح ذلك بمثال : نجعل فى ذمة المدين ستمائه ، ونوقع حجزا اولا بمبلغ ثلثمائه ، ثم حوالة بمبلغ ثلثمائه ، فالحل الفرنسى يقضى بان المحال له يزاحم ولا يزاحم ، فياخذ كل حقه وهو ثلثمائه ، ثم ياخذ الحاجز الاول مائتين على اعتبار ان الثلاثة قسموا المبلغ فيما بينهم قسمة الغرماء ، ويأخـذ الحاجز الثانى الباقى وهو مائة ٠ وهذه هى النتيجة التى يؤدى اليها الحل المصرى ، فهو يقضى باعطاء الحاجز الاول مائتين على اعتبار قسمة الغرماء، ثم يكمل المائتين اللتين تصيبان المحال له من قسمة الغرماء حتى يستوفى كـل حقه فيأخذ ثلثمائة ٠ وياخذ الحاجز الثانى الباقى وهـو مائه ٠ هـذا ويلاحظ ان المثال المتقدم هو الذى ينطبق على حرفية المادتين ٤٣٢/٤٩٥ من قانون المرافعات السابق ٠ وقد جاء فيهما : ثم احال المدين اجنبيا بالزائد له عند المحجوز لديه فكأن المشرع المصرى اراد الوصول الى النتيجة العملية المأخوذ بها فى فرنسا ولكن من طريق اخر » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧ ص ٥٤٨ هامش رقم ١) ٠

(١) وهناك حلول فقهية أخرى كثيرة لهذه المسألة المعروفة ، نذكر منهـا مـا يأتى :

١ ــ نفرض أن الحق المحال به هو ٣٠٠ ، وقد توسطت الحوالة حجزين قيمة كل منهما ١٥٠ ٠ فيقسم الحق المحال به بين الحاجز الاول والمحال له قسمة غرماء ، فيصيب الأول ١٠٠ ، ويصيب الثانى ٢٠٠ ٠ ثم يقسم مايصيب الحاجز الأول ــ وهو ١٠٠ ــ بينه وبين الحاجز الثانى قسمة غرماء ، فيصيب كلا منهما ٥٠ ٠ وعيب هذا الحل أنهيحمل الحاجزالاول مسئولية تأخر الحاجز الثانى فى الحجز ، ولا يجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر ٠

٢ ــ يقسم المبلغ قسمة أولى ، كما فى الحل الأول ، بين الحاجز الاول والمحال له ، فيصيب الاول ١٠٠ ويصيب الثانى ٢٠٠ ، ثم يقسم ، كمـا فى الحل الاول أيضا ، مايصيب الحاجز الاول — وهو ١٠٠ — بينه وبين الحاجز الثانى فيصيب كلا منهما ٥٠ ٠ ثميرجع الحاجزالأول على المحال له بالخمسين التى نقصته من جراء مزاحمة الحاجز الثانى له ، فتكون الأنصبة فى النهاية : ١٠٠ للحاجز الاول و ١٥٠ للمحال له و ٥٠ للحاجز الثانى ٠ وعيب هـذا =

الباب الثانى

حوالة الدين (*)

(Cession de dette)

٣٠٦ — أطراف حوالة الدين : فى حوالة الدين ، يتفق المدين مع أجنبى على أن يتحمل عنه الدين الذى فى ذمته للدائن ، فيحل الاجنبى محل المدين فى هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وخصائصه وضماناته

= الحل انه يحمل المحال له مسئولية تأخر الحاجز الثانى فى الحجز ، ثم لايجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر .

٣ — يقسم المبلغ بين الثلاثة جميعا قسمة غرماء ، فيصيب الحاجز الاول ٧٥ ، ويصيب المحال له ١٥٠ ، ويصيب الحاجز الثانى ٧٥ . وعيب هذا الحل انه يجعل الحجز الثانى الباطل يزاحم الأول الصحيح ، ثم يجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر .

(انظر فى هذه الحلول المختلفة : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٨ هامش رقم ٤٤ — بودرى وسينيا فقرة ٨٥٩ — فقرة ٨٦١ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession de créance فقرة ٧١٢ — فقرة ٧١٨ — الأستاذ أحمد نجيب الهلالى فى البيع فقرة ٦٤٩ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧) .

(*) مراجع : سالى فى نظرية الالتزام فى مشروع التقنين الألمانى (فقرات ٨١ و ١٠٥ وما بعدها) — سالى فى حوالة الدين (مقال فى حوليات القانون التجارى سنة ١٨٩٠) — التقنين المدنى الألمانى مع التعليقات الجزء الاول ص ٥٩٨ — ص ٦٢٣ — جودميه (Gaudemet) بحث فى حوالة الدين كاستخلاف خاص رسالة من ديجون سنة ١٨٩٨ — بنريه (Benrey) فى حوالة الدين رسالة من جنيف سنة ١٩١٠ — الاستاذان شيرون (Chéron) ومحمد صادق فهمى فى حوالة الدين فى التشريعات الاوروبية وفى الشريعة الاسلامية (مقال فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٣٧ — ص ٦٦ وص ١٣٧ — ص ١٩٠) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤١ وما بعدها — دى باج ٣ فقرة ٣٨٤ — فقرة ٣٨٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٢ — فقرة ١٣١٦ — كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٦٤٢ — فقرة ٦٤٦ — جوسران ٢ فقرة ٨٢٧ — فقرة ٨٣١ — انسيكلوبيدى داللوز لفظ Cession de dette.

الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٦٨ — ص ٢٨٨ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٢ — فقرة ٢٣٩ (ص ٢٢٣ — ص ٢٢٩) — الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٨ فقرة ٥٣٢ (ص ٥٤٩ — ص ٥٥١) — الاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٤٠ — فقرة ٧٤٢ (ص ٥٦٠ — ص ٥٦٣) .

ودفوعه . وقد رأينا فى حوالة الحق أن الدائن هو الذى يتفق مع أجنبى على أن يحول له الحق الذى فى ذمة المدين ، فيحل الأجنبى محل الدائن فى هذا الحق نفسه .

وفى حوالة الدين يسمى المدين محيلا (cédant) ، لأنه يحيل على الأجنبى الدين الذى فى ذمته . أما المحيل فى حوالة الحق فهو الدائن .

ويسمى الأجنبى محالا عليه (cessionnaire) ، لأن المدين أحال عليه الدين . والمحال عليه فى حوالة الحق هو المدين .

ويسمى الدائن محالا (cédé) ، لأن المدين أحاله على الأجنبى. والمحال — أو المحال له — فى حوالة الحق هو الأجنبى .

على ان التقنين المدنى لم يستعمل من هذه المصطلحات فى حوالة الدين الا المصطلح الخاص بالأجنبى الذى يتحمل الدين عن المدين الأصلى ، فأسماه المحال عليه . واستبقى لكل من الدائن والمدين الأصلى اسميهما . فأطراف الحوالة اذن هم المدين الأصلى والمحال عليه والدائن . وسنتابع التقنين فيما فعل ، حتى لانتحرف عن نصوصه.

ويصح أن تتم حوالة الدين — بل هذا هو الأصل فيها — باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى ، فيتفق الدائن مع اجنبى على أن يتحمل هذا الأجنبى الدين عن المدين الأصلى ، وتبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة الى رضاه . وسنعود الى كل ذلك فيما يلى :

٣٠٧ — الأغراض المختلفة التى تفى بها حوالة الدين : ولحوالة الدين ، كما لحوالة الحق ، أغراض مختلفة تفى بها . ونذكر من هذه الاغراض ما يأتى :

١ — يحدث كثيرا أن شخصا يكون طرفا فى عقد ملزم للجانبين ، ايجار أو وكالة أو مقاولة أو عقد أو توريد أو غير ذلك ، ويكون فى حاجة الى أن ينزل الى الغير عن هذا العقد بما أكسبه من حقوق وما

رتب في ذمته من التزامات . يريد المؤجر مثلا أن ينزل عن عقد الايجار ، بعد ان باع العين المؤجرة ، الى المشترى ، فيقتضيه الامر ان ينزل للمشترى عن حقوقه وعن التزاماته الناشئة من عقد الايجار . يتفق الوديع مع اخر على ان يقوم بعقد الوكالة نيابة عنه ، فيقتضيه الامر ان ينزل له عن حقوقه والتزاماته الناشئة من عقد الوكالة . وكذلك يريد المقاول أن ينزل عن عقد المقاولة لمقاول من الباطن بما له من حقوق وما عليه من التزامات . والمتعهد بالتوريد ينزل الى مورد من الباطن عن عقد التوريد بما انشاه من حقوق والتزامات . في جميع هذه الفروض يتيسر النزول عن الحقوق عن طريق حوالة الحق . وينبغي ان يتيسر ايضا النزول عن الالتزامات عن طريق حوالة الدين . فاذا لم يفتح باب حوالة الدين للوفاء بهذا الغرض ، كان هذا حجز عثرة في طريق ما تقتضيه حاجات التعامل من مرونة (١) .

٢ — ومثل ذلك أيضا أن تنتقل عين من شخص الى آخر ويتصل بالعين التزام يجب أن ينتقل معها وفقا لقواعد الخلافة الخاصة ، كما في المنزل المؤمن عليه من الحريق ينتقل من البائع الى المشترى وتنتقل معه التزامات البائع نحو شركة التأمين . فيجب اذن أن تكون حوالة الدين مباحة منظمة حتى يتيسر الوفاء بهذا الغرض .

٣ — وقد تتصل الالتزامات بمجموع من المال ، كمتجر أو حصة في ارث ، فانتقال هذا المجموع من المال من شخص الى آخر يقتضي أن تنتقل الالتزامات ، كما تنتقل الحقوق ، من المالك الأصلي الى المالك الجديد . ولا يتيسر ذلك الا عن طريق حوالة الدين ، فيجب أن تباح هذه الحوالة وأن تنظم (٢) .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة — دى باج ٣ فقرة ٣٨٨ .

(٢) دى باج ٣ فقرة ٣٨٨ ص ٣٦٠ .

٤ ــ وقد يتصل التزام بالعين أوثق الاتصال ، فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل هذا الالتزام مع العين ، لا وفقا لقواعد الخلف الخاص اذ هى ليست منطبقة ، بل مطاوعة لاعتبارات عملية • والمثل البارز لذلك هو بيع العين المرهونة ، فاذا كان هناك عقار مرهون رهنا رسميا ، وباعه صاحبه ، فان العقار ينتقل الى المشترى مثقلا بحق الرهن ، ويصبح المشترى مسئولا مسئولية عينية عن الدين المضمون بالرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن هذا الدين الذى لم ينتقل اليه • ويبقى بائع العقار هو المسئول شخصيا عن الدين ، مع أن العقار الضامن لهذا الدين قد خرج من ملكه • فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل الدين أيضا مع العقار المرهون من البائع الى المشترى ، ولا يتيسر ذلك الا عن طريق حوالة الدين • وقد أفرد التقنين المدنى الجديد نصا خاصا ، وهو المادة ٣٢٢ مدنى ، لهذه المسألة لأهميتها العملية •

٥ ــ وقد يقع أخيرا أن المدين لا يجد عنده مالا يفى بدينه ، ويكون لدائنه دائن • فيتفق مع دائنه على ان يحل محله فى الدين الذى فى ذمته لدائن الدائن ، ويكون هذا الحلول بمثابة وفاء لدينه هو نحو دائنه • ولا يتيسر ذلك الا عن طريق حوالة الدين • فاذا فرض مثلا ان (أ) مدين بمائتين للدائن (ب) أخذها منه قرضا ، وان (ب) مدين بمائتين هو أيضا للدائن (جـ) التزم بها ثمنا لمبيع اشتراه منه ، فان (ا) يستطيع ان يتحمل ، عن طريق حوالة الدين ، بالدين الذى للدائن (جـ) على (ب) ، وفاء للدين الذى فى ذمته لدائنه (ب) ، • وقد يقال ان (ب) يستطيع أن يحول حقه قبل (أ) الى دائنه (جـ) ، فيصل عن طريق حوالة الحق الى ما يريد أن يصل اليه عن طريق حوالة الدين • ولكن حوالة الحق ، فى هذا المثال ، غير حوالة الدين ، فان (جـ) قد لا يرضى بتحويل مبلغ القرض اليه وفاء بثمن المبيع ، ويرضى بأن يحل (ا) محل (ب) مدينا بثمن المبيع ، اذ يحتفظ عن طريق حوالة الدين

بامتياز البائع ولا يحتفظ بهذا الامتياز عن طريق حوالة الحق (١) •

٣٠٨ ــ حوالة الدين نظام استحدثه التقنين المدنى الجديد ــ النظم الأخرى التى كانت تقوم مقامة : ولم يكن التقنين المدنى السابق ، كما قدمنا ، يعرف حوالة الدين ، كان لا يعرف الا حوالة الحق ، شأنه فى ذلك شأن التقنينات اللاتينية القديمة كالتقنين المدنى الفرنسى •

وكان التقنين السابق كالتقنين الفرنسى ، يسد هذا النقص عن طريق التجديد بتغيير المدين ، وعن طريق الانابة فى الوفاء ، وعن طريق الاشتراط لمصلحة الغير • ولكن هذه الطرق ليس فيها غناء عن حوالة الدين ، فقد بينا الفروق الجوهرية ما بين حوالة الدين من جهة والتجديد بتغيير المدين (٢) والانابة فى الوفاء (٣) من جهة أخرى • أما الاشتراط لمصلحة الغير ، فبينه هو أيضا وبين حوالة الدين فروق جوهرية • وذلك أن المدين اذا اشترط على شخص آخر أن يفى بدينه للدائن ، فيكسب الدائن من وراء هذا الاشتراط حقا مباشرا قبل المتعهد أن يوفى له الدين ، فلا يزال المدين الأصلى ملزما هو أيضا بالدين ولم تبرأ ذمته منه ، بل انضم اليه مدين جديد بموجب الاشتراط لمصلحة الدائن • هذا الى ان الدين نفسه ، بصفاته وضماناته ودفوعه ، لم ينتقل من مدين الى مدين ، بل وجد الى جانب الدين الأصلى دين جديد بصفات وضمانات ودفوع مستقلة (٤) •

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٤ ــ وانظر فى أن حوالة الدين تهدر شخص المدين ولا تعتد الا بالقيمة المادية للالتزام كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٤٣ •

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٤٢ •

(٣) انظر انفا فقرة ٢٤٣ •

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٥ ــ دى باج ٣ فقرة ٣٨٧ ص ٣٥٨ ــ الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٧١ ــ ص ٢٧٣ ــ وقد جاء فى الموجز فى هذا المعنى ما يأتى : « .. فيتولد من هذا الاشتراط حق مباشر =

وفيما عدا حالات خاصة نص عليها كحلول المشترى للعين المؤجرة محل المؤجر فى التزاماته نحو المستأجر وكحلول المتنازل عن الايجار محل المستأجر (١) ، أو قامت بها نظريات فقهية كحلول الخلف الخاص محل السلف فى الالتزامات المتعلقة بالعين التى انتقلت اليه (٢) ، فان طريق حوالة الدين كان مسدودا • وقد حاول كثير من الفقهاء فى فرنسا أن يفتحوا هذا الطريق ، بالرغم من سكوت التشريع ، متوسلين فى ذلك بمبدأ سلطان الارادة ، فيجوز لذوى الشأن أن يتفقوا على حوالة الدين ويكون اتفاقهم ملزما منتجا لآثاره مادام لا يخالف النظام العام أو

= للدائن قبل المدين الجديد ، وبذلك يتحقق غرض من الغرضين اللذين تحققهما حوالة المدين • أما الغرض الآخر ، وهو براءة ذمة المدين القديم ، فلا يتحقق من وراء الاشتراط لمصلحة الدائن ، لان المدين القديم يبقى ملتزما قبل الدائن ما لم يبرئه الدائن باتفاق آخر • على أن الغرض الاول ، وهو التزام المدين الجديد مباشرة نحو الدائن ، لايتحقق فى الاشتراط لمصلحة الغير على النحو الذى يتحقق به فى حوالة ادين • وذلك لان حوالة الدين تنقل الى ذمة المدين الجديد نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين القديم بتأميناته ودفوعه كما قدمنا • أما الاشتراط لمصلحة الغير فيوجد فى ذمة المدين الجديد دينا جديدا مستقلا عن الدين القديم فى التأمينات والدفوع » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٠) ••

والحالات العملية التى كان الاشتراط لمصلحة الغير يستخدم فيهما ليقوم مقام حوالة الدين كثيرة • منها حلول شركة محل أخرى عند التصفية ، فتصبح الشركة الاولى ملزمة نحو دائنى الشركة الاخرى بموجب الاشتراط لمصلحتهم ، ولهؤلاء أن يرجعوا مباشرة على الشركة الاولى • وكذلك الامر عندما تحل شركة تأمين محل شركة تأمين أخرى • فيرجع المؤمن لهم عند الشركة الاخرى مباشرة على شركة التأمين الاولى • وبيع المتجر يجعل دائنيه ، بموجب الاشتراط لمصلحتهم ، يرجعون مباشرة على مشتريه • وبيع العقار المرهون فى دين يجعل الدائن المرتهن ، بفضل الاشتراط لمصلحته ، يرجع مباشرة بدين شخصى ، لا بالرهن فحسب ، على مشترى العقار (انظر فى ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٦) •

(١) انظر المادة ٣٨٩/٤٧٤ مدنى سابق فيما يتعلق بحلول المشترى محل المؤجر ، والمادة ٣٦٨/٤٥١ مدنى سابق فيما يتعلق بحلول المتنازل له عن الايجار محل المستأجر •

(٢) وقد قرر التقنين المدنى الجديد هذا الحكم فى نص تشريعى هو المادة ١٤٦ •

الآداب (١) ، ولكن محاولاتهم لم تحقق الغرض المنشود .

لذلك كان تنظيم التقنين المدنى المصرى الجديد لحوالة الدين تنظيما تشريعيا خطوة موفقة سدت ثغرة كان من الضرورى سدها من الناحية العملية . وقد استمد التقنين الجديد قواعد هذا التنظيم من التقنينات الجرمانية (٢) ومن الفقه

---

(١) وقد ذهب بودرى وبارد الى امكان الاتفاق على حوالة الدين فى القانون الفرنسى ، فان هذا القانون اذا كان لم ينظم حوالة الدين ، فهو بحكم مبدأ سلطان الارادة لم يقفل الباب دونها . ولا ينبغى أن يحول التقنين دون تطور النظم القانونية واستكمال ما يكون ناقصا فى التقنين ، وهذا هو عمل الفقه . ثم بوردان مثل التقنين المدنى النمساوى ، فان هذا التقنين ، كالتقنين المدنى الفرنسى ، لم ينظر حوالة الدين . ومع ذلك لم يمنع سكوته عن هذا التنظيم من أن تكون حوالة الدين معمولا بها فى النمسا بالقدر الذى أقره التقنين المدنى الالمانى ذاته (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٦ ص ٩٣ — ص ٩٤) . ويشير جوسران الى كثير من النظم التى أدخلها العمل فى القانون قبل ان يتولى المشرع تنظيمها ، كعقود التأمين والمؤسسات وعقد النشر . فلا شىء يمنع اذن من ادخال نظام حوالة الدين ، اسوة بهذه النظم (جوسران ٢ فقرة ٨٢٠ ص ٤٤٩ — ص ٤٥٠ — وفقرة ٨٢١) . أنظر أيضا فى هذا المعنى : سالى فى الالتزامات فقرة ٨٣ — وفى حوالة الدين ص ٣٩ — جودميه ص ٣٠٤ وص ٥٣٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ — دى باج ٣ فقرة ٣٨٦ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Cession de dette. فقرة ٤٢ — فقرة ٤٧ — الموجز للمؤلف ٥٣٠ ص ٥٥١ .

على أنه لا يتيسر فى بعض الحالات أن ينتقل ، بمجرد الاتفاق ودون حكم القانون ، الدين بصفة لصيقه به من المدين الاصلى الى مدين جديد . فالدين التجارى يصعب نقله بصفته التجارية الى المدين الجديد ليكون من اختصاص القضاء التجارى ، فان الاختصاص النوعى يعتبر من النظام العام (أنظر فى هذا المعنى الاستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى المقال المنشور بمجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٣٨) . كذلك اذا كان هناك حكم صادر ضد المدين الاصلى ، فانه يصعب ، فى نقل الدين الى المدين الجديد ، أن ينتقل معه الحكم ليكون نافذا ضد هذا المدين الاخير .

(٢) رأينا فيما قدمناه (أنظر آنفا فقرة ٢٣٩) أن التقنينات الجرمانية هى التى سارت فى تطور الحوالة الى نهاية الطريق ، فأقرت حوالة الدين اقرارها لحوالة الحق . وكان القانون الرومانى — ولم يقر كما رأينا انتقال الالتزام من دائن الى دائن أو من مدين الى مدين — هو العقبة التى أعاقت وقتا طويلا المضى فى هذا التطور ، سواء فى البلاد اللاتينية أو فى البلاد الجرمانية . وكان التطور قد بلغ فى البلاد اللاتينية حد اقرار حوالة الحق دون حوالة الدين . ثم ظهر =

= التقنين الفرنسي موقف من هذا التطور ، اذ نظم حوالة الحق دون أن ينظم حوالة الدين · وبقيت التقنينات اللاتينية التي اقتبست من التقنين المدني الفرنسي ومعها التقنين المدني المصري السابق ، ويشوبها هذا النقص ، فهي مثله تنظم حوالة الحق دون حوالة الدين · أما في المانيا ـ ولم يظهر التقنين المدني الالماني الا في آخر القرن التاسع عشر ومستهل القرن العشرين ـ فقد استمرت حركة التطور طوال القرن التاسع عشر . واذا كان قد قاومها في بداية الامر الفقهاء الألماني الذين يشايعون القانون الروماني ، من امثال ميلها نمبريك (Mulhenbrich) وسافيني ، فانها ما لبثت منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، أن تغلبت على هذه العقبة التي اقامتها مبادىء القانون الروماني دون اقرار حوالة الدين · وقد تعاقب على هذا العمل الفقهي عدة من الفقهاء الالمان المعروفين :

فبدأ دلبريك (Delbruch) الاستاذ بجامعة برلين ، ينشر كتاب في سنة ١٨٥٣ حاول فيه أن يوفق بين الفكرة الرومانية وامكان الحوالة · فميز بين الالتزام ، حقا كان أو دينا ، وهو رابطة شخصية لا يمكن أن تنتقل من شخص الى آخر وهذا ما عناه القانون الروماني ، وبين ما ينتج عن الالتزام من قيم مادية (produits tconomiques) فهذه من ناحيتها الايجابية والسلبية يمكن أن تنتقل من ذمة مالية الى ذمة مالية اخرى . وقد أحدثت نظرية دلبريك حركة فقهية قوية في المانيا ، واعترض الفقهاء على التمييز الذي يقول به فلا فرق بين الالتزام وبين قيمته المادية ، ولكنهم انقسموا فيما اذا كان الالتزام قابلا للانتقال أو غير قابل ، واذا كان قابلا فبأي اداة ينتقل ·

وجاء كينتز (Kuntze) بعد دلبريك ، ولكنه ظل امينا على تقاليد القانون الروماني · فلم يجز نقل الدين ، ولكنه سلم بأن الدائن يستطيع أن يوجد آخر الى جانب مدينة الاول كما في الانابة ، أو يقضي الدين الاول ويحل محله دينا جديدا كما في التجديد ·

ثم لجأ بير (Bahr) الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، ففي الاتفاق ما بين المدين الأصلي والمحال عليه يشترط الأول على الثاني لمصلحة الدائن أن يؤدي له الدين ، فينشأ للدائن من هذا الاشتراط حق مباشر في ذمة المحال عليه ، ولكن يبقى المدين الأصلي بالاضافة الى المحال عليه ملتزما نحو الدائن ·

وذهب فقهاء ثلاثة ـ سالبيس (Salpius) وجارسن (Gareis) ومنزل (Menzel) الى أن القانون الروماني لا يستعصي على حوالة الدين ، وتصوروا هذه الحوالة على النحو الآتي : يقدم المدين الاصلي والمحال عليه ايجابا مشتركا الى الدائن ، فان قبله الدائن أصبح المحال عليه هو المدين مكان المدين الأصلي ، وبرئت ذمة المدين الاصلي · على أن أول هؤلاء الفقهاء ـ سالبيس ـ يجعل الحوالة تتم باتفاق الدائن والمحال عليه ·

أما وندشايد (Windcheid) فقد عارض القانون الروماني صراحة ، وقال ان الالتزام قد تطور منذ عهد الرومان ، واصبح المعتبر فيه هو القيمة المادية لا الرابطة الشخصية ، وبذلك تقضي التقاليد الجرمانية مناقضة في ذلك التقاليد الرومانية · ومن ثم يجوز أن ينتقل الالتزام ، باعتباره قيمة مادية من ذمة مدين الى ذمة مدين آخر باتفاق بين المدينين . ولما كان المحال عليه انما يتصرف في =

الاسلامى (١) • وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـــدد ما يأتى : « استحدث المشروع فى هذا الفصل نظاما جديدا هو نظام حوالة الدين • ويراعى أن هذا النظام اسلامى بحت ، وان كان له نظير فى التشريعات الجرمانية • وغنى عن البيـــان أن نفعـــه من البيان أن نفعه من الناحية العمليـــة يقتضى اقــــراره فى نطـــاق التشريع (٢) » •

= مال مملوك للغير ــ اى للدائن ــ فقد وجب أن يقر الدائن هذا التصرف، فاذا ما اقره اصبح ساريا فى حقه بأثر رجعى من وقت اتفاق المدينين لا مـن وقت اقراره .

وظهر التقنين المدنى الالمانى فى اعقاب هذه الحركة الفقهية ، فاقر حوالة الدين اقراره لحوالة الحق كما قدمنا ، وصـــاغ لها الاداة الفنيـــة اللازمة . وقد اخذ بنظرية وندشايد ونظرية دلبريك فى صورة الحوالة التى تتم باتفاق مابين المدين الاصلى والمحال عليه ، وبنظرية سالبيس فى صورة الحوالة التى تتم باتفاق الدائن والمحال عليه •

(انظر فى كل ذلك : التعليقات على التقنين المدنى الالمانى ١ م ٤١٤ ص ٥٩٨ ــ ص ٥٩٩ ــ بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٣ ــ ص ٨٣ ــ ص ٨٦ مقال الاستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٤٣ ــ ص ٥١ ــ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٥ •

هذا ويعرف التقنين المدنى الالمانى طرقا خمسة لاحلال مدين جديد محل مدين قديم أو لاقامة مدين آخر الى جانب المدين الاول . ١ ــ الانابة وفيها يقول مدين آخر الى جانب المدين الاول . ٢ ــ التعهد بالوفاء ، وفيه يتعهد شخص للمدين الاصلى أن يؤدى الدين عنه للدائن ، ويقتصر اثر هذا التعهد على العلاقة فيما بين الاثنين ، لا يجاوزها الى الدائن . ٣ ــ التعهـــد بالوفاء مع الاشتراط لمصلحة الدائن ، ويزيد على سابقه بأن يكون هناك اشتراط لمصلحة الدائن ، فينشىء التعهد حقا مباشرا للدائن يستطيع بموجبه أن يرجع مباشرة على المتعهد . ٤ ــ حوالة الدين باتفاق يتم بين الدائن والمحـــال عليه . ٥ ــ حوالة الدين باتفاق يتم بين المدين الاصلى والمحـــال عليه ، ويتوقف نفاذه فى حق الدائن على اقراره • انظر فى ذلك التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٤١٤ ص ٦٠٠ ــ ص ٦٠٢ .

(١) انظر فى الفقه الاسلامى ما قدمناه آنفا فقرة ٢٤٠ . ــ وقد راينا أن الفقه الاسلامى لايسلم بحوالة الدين بمعناها الدقيق ، خلافا لما يقـــال عـــادة ، ولايسلم بحوالة الحق الا فى المذهب المالكى وفى حدود معينة . على أن الفقـــه الاسلامى ، فى قواعده التفصيلية ،يصلح للاقتباس منه فى بعض احكام حوالة الدين • وقد أمكن تحويره فى التقنين المدنى العراقى ، فاقر هذا التقنين حوالة الدين بالمعنى المفهوم فى التقنينات الجرمانية •

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٦ •

٣٠٩ — أركان حوالة الدين والآثار التى تترتب عليها « ونبحث فى حوالة الدين ، كما بحثنا فى حوالة الحق ، أركان الحوالة والآثار التى تترتب عليها .

الفصـــل الأول

اركــان حوالة الــدين

٣١٠ — اركان حوالة الــدين هى أركان الاتفاق بوجــه عــام : حوالة الدين اتفاق بين طرفين على تحويل الدين من ذمة المدين الأصلى الى ذمة مدين جديد يحل محله . فأركان هذه الحوالة ، كأركان حوالة الحق ، هى أركان أى اتفاق (convention) يتم بين طــرفين . ومن ثم تكون هذه الأركان هى التراضى والمحل والسبب .

ولا بد أن يصدر التراضى من ذى أهلية ، خاليا من عيوب الارادة من غلط وتدليس واكراه واستغلال .

كذلك يجب أن تتوافر فى المحل شرائطة العــامة ، ومحــل حوالة الدين هو الدين الذى يحول من ذمة المدين الأصــلى الى ذمة المــدين الجديد . وترد حوالة الــدين على جميع الــديون ، لافرق فى ذلك بين ما يكون منها مؤجلا أو معلقا على شرط أو مستقبــلا . وهى تنعقــد صحيحة فى الدين المستقبل ، ولكنها لا تنفذ الا بوجود الدين (١) .

والسبب فى حوالة الدين هــو الباعث الذى دفع الى عقــدها ، ويختلف باختلاف الأغراض المتنوعة التى تفى حوالة الدين بها ، وقــد سبق بيان ذلك . وفى القوانين الجرمانية تعتبر حوالة الدين ، كحوالة

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمــــال التحضيرية ٣ ص ١٥٨ .

وتوجد حالات يكون فيها الدين غير قابل للحوالة . ومن هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٧٢١ مدنى من انه « ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون اذن صريح من المودع ، الا أن يكون مضطرا الى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة » . كذلك المدين فى عقد روعيت فيه شخصيته ، كالمزارعة وشركة الاشخاص ، لاتجوز له حوالة دينه بغير رضاء الدائن .

الحق ، مصدرا لالتزام مجرد •

فنحيل فى كل ذلك الى القواعد العامة المتعلقة بنظـرية العقـد • ونكتفى هنا ببحث الصورتين اللتين تتم فى أحداهما حوالة الدين :

الصورة الأولى : اتفاق بين المدين الأصلى والمحـال عليه ، ويقر الدائن هذا الاتفاق ليكون نافذا فى حقه •

والصورة الثانية : اتفاق بين الدائن والمحال عليه ، دون تـدخل المدين الأصلى بل ودون حاجة الى رضائه • وهذه الصورة أكثر تمشيا مع ارادة الدائن ، اذا الدائن فيها يتـدخل مبـاشرة لابرام الحوالـة ، ولا يقتصر على اقرارها كما فى الصورة الأولى •

الفرع الأول

اتفـاق المـدين الأصلى والمحـال عليه

٣١١ — انعقاد حوالة الدين ونفاذها فى حق الدائن : فى الصورة التى تتم فيها حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه يجب التمييز بين أمرين : ١ — انعقاد الحوالة ، وتنعقـد بمجرد الاتفاق بين المدين الأصلى والمحـال عليه • ٢ — ونفاذها فى حق الدائن ، ولاتنفذ فى حقه الا اذا أقرها •

المبحث الأول

انعقاد حوالة الـدين

٣١٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشـخص آخر يتحمـل عنه الدين » (١) •

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٤٤ من المشروع التمهيدى كفقرة أولى تليها فقرة ثانية على الوجه الآتى : « ولاتكون الحـوالة نافذة فى حق الدائن الا اذا قرها » • وفى لجنـة المراجعـة نقلت هذه الفقرة الثانية =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، اذ لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٢ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٣٣٩ و ١/٣٤٠ و٣٤٢ — ٣٤٥ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٨٧ /١و٢ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المـواد ٣٧٧ — ٣٨٠ ، وفى التقنين المـدنى الاردنى المواد ٩٩٣ — ٩٩٩ (١) .

= لتكون الفقرة الاولى من المادة التالية لان هـذا هـو المكان المناسب » . وأصبح نص المادة النهائى مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجـديد ، وصار رقمها ٣٢٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٦ — ص ١٣٨)

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى** : التقنين المدنى السورى م ٣١٥ (مطابقة للمادة ٣١٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٠٢ (مطابقة للمادة ٣١٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٩ : ١ — حوالة الدين هى نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ٢٠ — وتكون مطلقة اذا احال المدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة غير مقيدة بادائه من الدين للمحيل فى ذمة المحال عليه ، أو من العين التى له عنده وديعة أو مغصـوبة ، أو أحال على شخص ليس له شىء عليه أو عنده . — ٣ وتكون مقيدة اذا أحال المدين بدينه مـن غريمه على المحال عليه حوالة مقيدة بادائه الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه ، أو من العين التى له عنده أمانة أو مغصوبة .

م ١/٣٤٠ : الحوالة التى تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له .

م ٣٤٢ : يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مدينا لمحال ، والا فهى وكـالة .

م ٣٤٣ : كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة ، بشرط أن يكـون معـلوما .

م ٣٤٤ : تصح أحالة المستحق فى الوقف غريمة حوالة مقيدة باستحقاقه على متولى الوقف ، اذا كانت غلة الوقف متحصلة فى يده وقبل الحـوالة . ولاتصح الحوالة بالاستحقاق اذا لم تكن الغلة متحصلة فى يد المتـولى .

م ٣٤٥ : قبول الأب أو الوصى الحوالة على الغير جائز ان كان فيه خير للصغير ، بأن يكون المحال عليه أملأ من المحيل ، وغير جائز ان كان مقاربا أو مساويا له فى اليسار .

ويتبين من هذا النص أن حوالة الدين تتم باتفاق بين المدين والمحال عليه ، أي بين المدين الأصلي والمدين الجديد . أما رضاء

= ونصوص التقنين العراقي مأخوذة بوجه عام من الفقه الاسلامي ، لا سيما المذهب الحنفي ، مع تعديل يجعل حوالة الدين في التقنين العراقي حوالة دين بالمعنى المفهوم في التقنينات الجرمانية ، اذ حوالة الدين في المذهب الحنفي هي ، كما قدمنا ، أقرب الى أن تكون صورة خاصة من الكفالة وأول تعديل هام هو ما قررته الفقرة الأولى من المادة ٣٣٩ من أن حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، وهذه مسألة مختلف فيها في المذهب الحنفي ، ونقل الدين والمطالبة معا هو الذي يلائم حوالة الدين بمعناها الصحيح . ثم ان انعقاد الحوالة موقوفة على قبول المحال له (م ١/٣٤٠ عراقي) واشتراط أن يكون المحيل مدينا للمحال له (م ٣٤٢ عراقي) يتفق مع أحكام التقنين المصري . وما ورد غير ذلك من أحكام خاصة بالفقه الاسلامي ، من تقسيم الحوالة الى مطلقة ومقيدة (م ٢/٣٣٩ و٣ عراقي) ، ومن أن كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة (م ٣٤٣ عراقي) ، فهي لا تتعارض مع أحكام التقنين المصري ، بقيت الاحالة على متولي الوقف (م ٣٤٤ عراقي) وقبول الولي أو للوصي الحوالة نائبا عن المحجور (م ٣٤٥ عراقي) ، فهذه هي أحكام الفقه الاسلامي في موضوعين لصيقين به - الوقف والولاية - ولا مانع من نقلهما عن هذا الفقه في نصوص مأخوذة عنه في مجموعها ، وهي على كل حال لا تتعارض مع أحكام التقنين المصري : انظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٢٤ وفقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٢٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٧/١و٢ : ١ - إنتقال دين المديون يحصل اما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه ، واما بالاتفاق بين هذا والمديون . ٢ - وفي الحالة الثانية يبقى مفعول الاتفاق موقوفا على اجازة الدائن ، ويستطيع المتعاقدان ، مادامت الاجازة لم تعط - أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه .

ويبدو أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري ، الا أن التعبير بأن مفعول الاتفاق يبقى موقوفا على اجازة الدائن يتعارض مع انتاج اتفاق لآثار قانونية اذا لم يجزه الدائن (انظر الدكتور صبحي محمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٤٢ - ص ٥٠ - وانظر ما يلي ٣٤٢ في الهامش) .

في التقنين المدني الكويتي : م ٣٧٧ : ١ - يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الاصلي الى ذمة المحال عليه . ٢ - تكون الحوالة مقيدة اذا تقيد الأداء فيها من عين أو دين للمحيل بذمة المحال عليه وتكون مطلقة اذا لم يتقيد الاداء فيها بشيء من ذلك ولو كان للمدين بذمة المحال عليه دين أو عين يمكن التأدية منهما .

م ٣٧٨ : ١ - اذا عقدت الحوالة بين المدين الاصلي والمحال عليه فانها لا =

الدائن فليس بضروري لانعقاد الحوالة ، وان كان ضروريا لنفاذها فى حقه كما سنرى •

= تكون نافذة فى حق الدائن الا اذا قرها • ٢ ـ واذا قام المدين الاصـــلى اذ المحال عليه باعلان الحوالة الى الدائن وعين له اجلا مناسبا لاقرارها ثم انقضى الاجل دون ان يصدر هذا الاقرار اعتبر سكوت الدائن رفض للحوالة •

م ٣٧٩ : تصح الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، ولكن اذا لم يقرها المدين الاصلى فلا يكون للمحال عليه حق فى الرجوع عليه طبقا لاحكام حوالة الدين •

م ٣٨٠ : اذا كان المحال له طرفا فى عقد الحوالة ، او اقرهـــا برىء المدين الاصلى من الدين •

(وهذه الاحكام استمدها التقنين المدنى الكويتى بوجه عام من الفقه الاسلامى ، ولكنها فى مجموعها لا تتعارض مع احكـــــام التقنين المدنى المصرى) •

فى التقنين المدنى الاردنى : م ٩٩٣ • الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه •

م ٩٩٤ : الحوالة عقد لازم الا اذا شرط احد اطرافه لنفسهخيار الرجوع •

م ٩٩٥ : ١ ـ تكون الحوالة مقيدة او مطلقة • ٢ ـ فالحوالة المقيدة هى التى تقيد بادائها من الدين الذىللمحيل فى ذمة المحال عليه او من العين التى فى يده امانة او مضمونه • ٣ ـ والحوالة المطلقة هى التى لم تقيد بشيء من ذلك ولو كان موجودا •

م ٩٩٦ : ١ ـ يشترط لصحه الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له • ٢ ـ وتنعقد الحوالة التى تتم بين المحيل والمحال عليه موقوفه على قبول المحال له •

م ٩٩٧ : يشترط لصحة الحوالة ان يكون المحيل مدينا للمحال ولا يشترط ان يكون المحال عليه مدينا للمحيل فاذا رضى بالحوالة لزمه الدينللمحالله •

م ٩٩٨ : تصح احالة المستحق فى الوقف غريمة حوالة مقيدة باستحقاقه على متولى الوقف ، اذا كانت غلة الوقف متحصلة فى يده وقبل الحوالة ، ولا تصح الحوالة بالاستحقاق اذا لم تكن الغله متحصلة فى يد المتولى •

م ٩٩٩ : قبول الاب او الوصى الحـــوالة على الغير جائز ان كان فيه خير للصغير بأن يكون المحال عليه املأ من المحيل وغير جائز ان كان مقاربا او مساويا له فى اليسار •

وقد جارى التقنين المدنى الاردنى النهج الذى سبق ان سلكه التقنين المدنى العراقى فاستمد الاحكام المتقدمة من الفقه الاسلامى بوجه عام لاسيما المذهب الحنفى مع بعض التعديلات التى جعلت حوالة الدين فيهما حوالة دين بالمعنى الصحيح ولم يجار المذهب الحنفى فى اعتباره حوالة الدين اقرب الى تكون صورة خاصة من الكفالة • وعلى العموم فان النصـــوص التى اوردها التقنين الاردنى لاتتعارض مع احكام التقنين المدنى المصرى) •

٣١٣ ـ انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه :
يكفى فى انعقاد حوالة الدين أن يتفق المدين الأصلى مع المدين الجديد وهو المحال عليه على نقل الدين من ذمة الأول الى ذمة الثانى . وهذا الاتفاق ، ككل اتفاق آخر ، يقتضى وجود التراضى والمحل والسبب ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك . والأهلية الواجبة فى المدين الأصلى هى أهلية التعاقد بوجه عام ، أما أهلية المحال عليه فهى أهلية الالتزام معاوضة أو تبرعا تبعا للعلاقة التى تقوم بينه وبين المدين الاصلى .

ومتى تم الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، فقد انعقدت الحوالة . وسنرى أن المحال عليه يصبح ملتزما بهذا الاتفاق ، فلا يجوز له الرجوع فيه الا باتفاق آخر بينه وبين المدين الأصلى ، بشرط أن يتم هذا الاتفاق الآخر قبل أن يقر الدائن الحوالة . وقد ورد هذا الحكم صراحة فى التقنين المدنى الألمانى ، اذ نصت المادة ٤١٥ من هذا التقنين على انه « يجوز للطرفين تعديل الاتفاق أو الغاؤه الى حين اقرار الحوالة (١) » .

وسنرى أيضا أن الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه على حوالة الدين يرتب فى ذمة المحال عليه التزامات شخصية نحو المدين الأصلى ، وهو فى الوقت ذاته ينقل الدين ــ فى العلاقة مابين المدين الأصلى والمحال عليه ــ من ذمة الأول الى ذمة الثانى (٢) . أما نقل الدين بالنسبة الى الدائن فلا يتم الا باقرار الدائن للحوالة كما سيأتى .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص، هو المادة ٤٤٩ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الاتى : « يجوز لطرفى الحوالة ، الى ان يصدر اقرار الدائن ، أن يعدلا فيها أو أن يعدلا عنها » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لانه « مجرد تطبيق للقواعد العامة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ فى الهامش) .

(٢) وقد جاء فى التعليقات على التقنين المدنى الألمانى أن الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ينتج اثرين ، أحدهما شخصى والآخر عينى ، فهو كاتفاق منشىء لروابط شخصية يرتب التزامات بين المدين الاصلى والمحال عليه تصل من المدى الى ما يبلغه التعهد بتأدية الدين المنصوص عليه فى المادة =

وهذه آثار بعيدة المدى . ولم يكن الاتفاق على حوالة الدين ما بين المدين الأصلي والمحال عليه يصل الى هذا الحد فى مبدأ تطور الحوالة فى القوانين الجرمانية . فقد كان هذا الاتفاق فى البداية أثره مقصور على تعهد من قبل المحال عليه للمدين الأصلي بأداء الدين للدائن ، فلم يكن يكسب الدائن أى حق . ثم تطور بعد ذلك ، فأصبح اتفاقا يكسب الدائن حقا فى أن يستوفي الدين من المحال عليه ، مع بقاء المدين الأصلي مدينا الى جانب المحال عليه . وفى آخرمراحل التطور أصبح هذا الاتفاق ناقلا للدين فيما بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فاذا ماأقره الدائن انتقل الدين أيضا بالنسبه الى هذا الاخير ولم يعد للدائن الا مدين واحد هو المحال عليه وقد حل محل المدين الأصلي (١) .

= ٢٢٩ من التقنين المدنى الالمانى ، بخاصة يرتب التزاما فى ذمة المحال عليه أن يؤدى الدين بدلا من المدين الاصلى ، فيضمن لهذا أية مطالبة يوجهها اليه الدائن ولكن دون أن يلتزم بالحصول على ابراء ذمة المدين الاصلى قبل حلول الدين . أما الاثر العينى فهو انتقال الدين من ذمة المدين الأصلى الى ذمة المحال عليه . والاتفاق - من حيث أنه ناقل للدين لا من حيث أنه منشىء لالتزامات شخصية - هو عقد مجرد ، ويكون صحيحا بقطع النظر عن سببه، على غرار حوالة الحق تطبيقا للمادة ٤١٣ من التقنين المدنى الآلمانى (التعليقات على التقنين المدنى الالمانى ١ ص ٦٠٦ - ص ٦٠٧) .

(١) وقد اقتفى التقنين المدنى المصرى الجديد أثر التقنين الالمانى المدنى فى هذا التصوير الفني : أنظر المادة ٤١٥ من التقنين المد الالمانىالالمانى

أما فى تقنين الالتزامات السويسرى ، فحوالة الدين لاتتم الا على مرحلتين : (المرحلة الاولى) يتم فيها اتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه يتعهد بموجبه هذا الاخير نحو المدين الآصلى بأن يتحمل بالدين ، اما بوفائه للدائن واما بالاتفاق مع الدائن على أن يلتزم هو به نحوه . (والمرحلة الثانية) يقوم فيها المحال عليه بتنفيذ التزامه بموجب الاتفاق الاول ، فيعقد اتفاقا آخر مع الدائن وهذا الاتفاق الآخر هو الذى ينقل الدين من ذمة المدين الاصلى الى المحال عليه . ولا ينتقل الدين الا من وقت تمام الاتفاق الثانى ، أما فى التقنين الالمانى والمصرى فينتقل الدين من وقت الاتفاق بين المدين الآصلى والمحال عليه اذا أقر الدائن هذا الاتفاق لان لاقراره أثرا رجعيا . ويترتب على ذلك أن المحال عليه ، فى تقنين الالتزامات السويسرى ، اذا فقد الاهلية بعد اتمامه للاتفاق الاول وقبل ابرامه الاتفاق الثانى ، لا يستطيع أن =

٣١٤ ـ لابد من تدخل الدائن على كل حـال : على أن حوالة الدين ، وهى تحل مدينا جديدا محل المدين الأصلى ، لا يمكن تصورها دون تدخل الدائن ، اما لانعقادها بالذات، واما فى القليل لنفاذها فى حقه . ذلك أن تغير المدين فى حوالة الدين له شأن أخطر بكثير من تغير الدائن فى حوالة الحق . واذا كان تغير الدائن على المدين ليس بأمر ذى خطر ، فأن تغير المدين على الدائن أمر بالغ الخطـورة . اذ العبرة فى الالتزام بشخص المدين لا بشخص الدائن ، فالمدين هو الذى يحـدد قيمة الالتزام من الناحية العملية ، وتتوقف هذه القيمة عـلى مـلاءته وعلى ما بيديه من يسر فى الوفاء أو مماطلة ، فلابد اذن من رضاء الدائن بتغير مدينه .

ومن ثم كانت الصورة الأولى من صورتى حوالة الدين فى التقنين المدنى الألمانى هى الصورة التى تتم فيها الحوالة باتفاق بين الـدائن نفسه والمحال عليه (م ٤١٤ مدنى ألمانى) ، دون حـاجة الى رضـاء المدين الأصلى اذ حوالة الدين تتمحض لمصلحته ، فيكون رضاء الدائن ضروريا فى هذه الصورة لانعقاد الحوالة لا لنفاذها فى حقه فحسب . ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد قدم الصورة الثانية التى تتم فيها

= يعقد الاتفاق الثانى ، فان الدين لا ينتقل ، ولكن يبقى الاتفـاق الاول ملزما للمحال عليه .

وهذا ما تنص عليه المادتان ١٧٥ و ١٧٦ مـن تقنين الالتزامات السويسرى . فقد نصت المادة ١٧٥ على أن « التعهد الذى يصدر من المحال عليه للمدين بأن يتحمل بالدين يلزم المحال عليه أن يبرىء ذمة المدين ، اما بوفائه الدين للدائن ، واما ينقله الدين الى ذمته برضاء الدائن » . ونصت المادة ١٧٦ على أن « الحلول محل المدين الاصلى أو ابراء ذمته يتم باتفاق بين المحال عليه والدائن . ويصح استخلاص الايجاب لابرام هذا الاتفاق من تبليغ يصدر للدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلى بترخيص من المحال عليه بما تم اتفاق بين هذين الأخيرين . ويجوز أن يكون قبول الدائن لهذا الايجاب صريحا أو ضمنيا يستخلص من الظروف . ويكون القبول ضمنيا اذا قبل الدائن دون تحفظ الوفاء من المحال عليه ، أو قبل منه أى عمل اخر يقوم به باعتباره مدينا » .

وانظر فى ذلك مقال الاستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢١ . ص ٦٠ ـ ٦٢ .

الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه — وهى الصورة التى نحن بصددها — على الصورة الاولى التى كانت أولى بالتقديم ، مراعاة للتنسيق بين حوالة الدين وحوالة الحق . فحوالة الحق تتم باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد ، وكذلك حوالة الدين تتم هى أيضا باتفاق بين المدينا لأصلى والمدين الجديد (١) .

٣١٥ — مركز المدين الأصلى من كل من الدائن والمحال عليه :
وحوالة الدين — فى كل من صورتيها — تفترض أن هناك دينا فى ذمة المدين الأصلى للدائن هو الذى جعل محلا للحوالة ، وبدون هذا الدين لا تقوم الحوالة اذ ينعدم محلها . فاذا أحال شخص آخر ، دون أن يكون مدينا له ، ليقبض دينا من شخص ثالث ، فهذه ليست حوالة ، بل هى وكالة ، اذ يكون المحيل قد وكل المحال فى قبض الدين . وهذا ما يقره التقنين المدنى العراقى صراحة ، اذ تنص المادة ٣٤٢ من هذا التقنين على أنه « يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مدينا للمحال له ، والا فهى وكالة » .

أما مركز المدين الأصلى بالنسبة الى المحال عليه ، فليس من الضرورى أن يكون الثانى مدينا للأول . فاذا لم يكن مدينا ، أو كان مدينا ولم يقيد المحيل الحوالة بهذا الدين ، فالحوالة تعتبر فى الفقه الاسلامى حوالة مطلقة . واذا كان مدينا وقيد المحيل الحوالة بالدين ، فهى حوالة مقيدة (٢) .

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : «تعرض اول صورة من صور حوالة الدين حيث يتم التعاقد مباشرة بين المدين الاصلى والمحال عليه وهو من يتحمل الدين . وفى هذه الحالة يعمد المدين الى التصرف فى مركزه بوصفه هذا ، شأنه شأن الدائن عند التصرف فى مركزه من طريق حوالة حقه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٧) .

(٢) انظر المادة ٢/٣٣٩ و ٣ من التقنين المدنى العراقى ، وقد تقدم ذكر النص (انظر آنفا فقرة ٣١٣ فى الهامش) .

المبحث الثانى

نفاذ الحوالة فى حق الدائن

٣١٦ ـ النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ـ لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن الا اذا أقرها » .

« ٢ ـ واذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة الى الدائن ، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة » .

وتنص المادة ٣٢٢ على ما يأتى :

« ١ ـ لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا انتقال الدين المضمون بالرهن الى ذمة المشترى ، الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك » .

« ٢ ـ فاذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته اقرارا [1] .

---

(١) **تاريخ النصوص** :

م ٣١٦ : ورد هذا النص فى نصوص عدة من المشروع التمهيدى : ١ ـ فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ولا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن الا اذا اقرها » . ٢ ـ وفى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ من المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على أنه لايجوز للدائن أن يرفض الاقرار اذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء » . ٣ ـ وفى المادة ٤٤٧ من المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « اذا قام المحال عليه أو المدين الاصلى باعلان الحوالة للدائن ، وحدد له أجلا معقولا ليقر الحوالة ، ثم انقضى الاجل دون أن يصدر الاقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة » ـ وفى لجنة المراجعة أدمجت هذه النصوص كلها فى مادة واحد من فقرتين على الوجه الآتى : « ١ ـ لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن الا اذا أقرها . على أنه لايجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الاقرار اذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء . ٢ ـ واذا قام المحال عليه =

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، لأن هـذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المـدنى

= أو المدين الاصلى باعلان الحوالة الى الدائن وعين له اجلا معقولا ليقـر الحوالة ، ثم انقضى الاجل دون أن يصدر الاقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة » . وأصبحت المادة رقمها ٣٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على نظرية اجبار الدائن على قبول الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء . فرد على هذا الاعتراض بأن هذه النظرية تتضمن قاعدة شرعية وردت فى حديث شريف عن النبى صلى الله عليه وسلم : « فاذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل » . فأجيب على هذا الرد بأن « مجال تطبيق القاعدة الشرعية قد تغير الآن ، فأصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر فهناك أشخاص أغنياء لا يمكن التعامل معهم ، وبالتالى لا يمكن اقتضاء الحقوق منهم » . وانتهى الامر الى أن حذفت من الفقرة الاولى عبارة « على أنه لايجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الاقرار اذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء » ، « لان هذه العبارة تفتح باب المنازعات ، وقد تسبب اضرار كبيرة للدائن الذى ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لاسباب متعددة . فرأت اللجنة أن من الانسب لذلك كله سد هـذا الباب ، وبهذا لاتكون حوالة الدين نافذة الا اذا أقرها الدائن » . وأصبح رقم المادة ٣١٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعـة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٩ وص ١٤١ - ص ١٤٣) .

م ٣٢٢ : ورد هذا النص فى المادة ٤٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة وردت فى آخر الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وتنفذ الحوالة فى حقه حتى لو رفضها فى الميعاد المحدد اذا لم يستند فى رفضـه الى أسباب معقول » ، وفيما عدا فقرة ثالثة كانت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا يجوز للمشترى اذا انتقل الدين الى ذمته أن يطهر العقار المرهون أو أن يتخلى عن هذا العقار » ، وفيما عدا أن الميعاد الذى ورد فى المشروع التمهيدى لاقرار الحوالة أو رفضها كان ثلاثة أشهر لا ستة . وفى لجنة المراجعة أقر النص ، وصار رقمه ٣٣٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التى وردت فى آخر الفقرة الثانية تمشيا مع تعديل مماثل فى المادة ٣١٦ مدنى ، وحذفت الفقرة الثالثة لان المشترى بقبوله الحوالة يصبح مدينا أصليا فلايجوز لـه طبقا للقواعد العامة تطهير العقار المرهون أو التخلية ، وبجعل ميعاد الاقرار أو الرفض سنة أشهر بدلا من ثلاثة . فأصبح نص المادة بذلك مطابقا تمامـا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٣٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٠ وص ٢٦٤ - ص ١٦٥) .

السورى المادة ٣١٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٠٣ و٣٠٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤٠ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المـــادة ٢٨٧ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٧٨ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٩٩٦ (١) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣١٦ (مطابقة للمادة ٣١٦ من التقنين المـــدنى المصرى — ولا مقابل فى التقنين المدنى السورى للمادة ٣٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٠٣ و م ٣٠٩ (مطابقتان للمادتين ٣١٦ و ٣٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٤٠ : ١ — الحوالة التى تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له . ٢ — واذا قام المحيل أو المحال عليه بابلاغ الحوالة للمحال له ، وحدد له أجلا معقولا لقبول الحوالة، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول ، اعتبر سكوت المحال له رفضـــا للحوالة .

وهذا الحكم يتفق مع حكم المادة ٣١٦ مصرى . ولا يوجد فى التقنين العراقى مقابل للمادة ٣٢٢ من التقنين المصرى .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٨٧ : انتقال دين المديون يحصل اما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه ، واما بالاتفاق بين هذا والمديون — وفى الحالة الثانية يبقى مفعول الانتقال موقوفا على اجازة الدائن . ويستطيع المتعاقدان ، مادامت الاجازة لم تعط ، أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه — واذا لم يجز الدائن الانتقال بطل . واذا أجازه كان له مفعول رجعى منذ اليوم تم فيه الاتفـــاق بين المديون ومـــن انتقل اليه الـــدين — ولايجـــوز اعطاء الاجازة الا بعد أن يبلغ المتعاقدون الانتقال الى الدائن . ويجـــب اعطاؤها فى خلال المهلة المعينة فى البلاغ ، واذا لم تعين مهلة ففى خلال المدة التى تعتبر كافية للاختيار . واذا انقضت المدة عدت الاجـــازة مرفوضه .

وتتفق هذه الاحكام مع أحكام المادة ٣١٦ من التقنين المصرى ، فيما عدا عدم جواز صدور الاقرار قبل اعلان الحوالة فى التقنين اللبنانى ، وهـــو حكم مأخوذ من التقنين المدنى الالمانى . ولا مقـابل فى التقنين اللبنانى للمادة من التقنين المصرى .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٧٨ (مطابقة للمادة ٣١٦ من التقنين المدنى المصرى ، ولا مقابل فى التقنين المدنى الكويتى للمادة ٣٢٢ من التقنين المدنى ٣٢٢ من التقنين المصرى .

التقنين المدنى الاردنى م ٩٩٦ : ١ — يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له . ٢ — وتنعقد الحوالة التى تتم بين المحيل والمحـــال عليه موقوفة على قبول المحال له . (وهذا النص يتفق مع نص الفقرة الاولى من المادة ٣١٦ من التقنين المدنى المصرى — ولا مقابل فى التقنين المدنى الاردنى للمادة ٣٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .

٣١٧ – مسائل أربع : ويتبين من هذه النصوص أن اقرار الدائن للحوالة ضرورى حتى تنفذ فى حقه . فنبحث فى هـذا الصدد مسـائل أربعا : ١ – متى يصدر اقرار الدائن ٢ – وكيف يصدر هـذا الاقرار ٣ – والى أى مدى يلتزم الدائن باقرار الحوالة ، وسنرى أنه حر فى الاقرار أو فى الرفض ٤ – وما هو الأثر الذى يترتب على اقرار الدائن للحوالة أو على رفضه اياها .

٣١٨ – متى يصدر اقرار الدائن : واقرار الدائن كمـا رأينـا ضرورى لنفاذ فى حقه ، حتى لا يتغير عليه المدين – وشخصه جوهرى فى الدين – دون رضاه . والاقرار ارادة منفردة تصـدر من الدائن ، ولا تنتج أثرها الا اذا وصلت الى علم من توجه اليه هذه الارادة وفقا للقواعد العامة . ونرى أنه يكفى أن يصـل الاقـرار الى علم أى من المحال عليه أو المدين الأصلى لينتج أثره ، ولا يجوز بعد ذلك لهـذين الأخيرين أن يتفقا على العدول عن الحوالة أو التعديل فيها [١] . ولكن قبل وصول الاقرار الى علم أى منهما ، يجوز لهما أن يتفقا معـا على ان يعدلا عن الحوالة فلا يكون لها أثر حتى لو صدر اقرار الدائن بعد علمه بهذا العدول ، ويجوز لهما كذلك أن يدخلا على الحوالة من التعديل ما يتفقان عليه .

ويصح أن يصدر الاقرار فى أى وقت بعـد انعقـاد الحوالة . وليس من الضرورى ، فى التقنين المدنى المصرى ، أن يتربص الـدائن باقراره حتى يعلنه المحال عليه أو المدين الأصلى بالحوالة ، بل يجـوز أن يقر الدائن الحوالة قبل أن يعلن بها [٢] . أما فى التقنين الألمـانى فقد ورد نص صريح فى هذا الصدد يقضى بأن الدائن لا يجوز له أن

---

(١) الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٧ ص ٣٢٧ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد أجاز المشروع للدائن اقرار الحوالة متى اتصلت بعلمه ، حتى قبل أن يقوم المدين أو المحال عليه باعلانه بها . ولكن ليس للدائن أن يتمسك بالحوالة ما دام اقراره لم يصل الى المدين أو المحال عليه . وعـلى هذا =

يقر الحوالة الا بعد ان يعلن بها (١) ، وذلك لكى يبقى زمام الحوالة فى يد المدين الأصلى والمحال عليه ، فيستطيعا أن يعدلا عنها أو يعدلا فيها قبل أن يعلناها للدائن •

اذن ليس فى التقنين المدنى المصرى بداية لميعاد صدور الاقرار الا وقت انعقاد الحوالة • وكذلك ليس لهذا الميعاد نهاية ، فيجوز للدائن أن يقر الحوالة فى أى وقت بعد انعقادها • على أنه يستطيع أى من المحال عليه أو المدين الأصلى أن يضع حدا لهذا الموقف غير المستقر ، بأن يتولى اعلان الحوالة الى الدائن ويعين له فى الوقت ذاته أجلا معقولا ، يقدره هو تحت رقابة قاضى الموضوع ، فاذا انقضى هذا الأجل دون أن يقر الدائن الحوالة ، اعتبر سكوته رفضا (٢) • وعند ذلك يبقى عقد الحوالة قائما فى العلاقة ما بين المدين الأصلى والمحال عليه ، منتجا لالتزامات شخصية فيما بينهما ، دون أن ينتقل الدين الى ذمة المحال عليه فى العلاقة ما بينه وبين الدائن ، وسيأتى بيان ذلك •

٣١٩ — حالة بيع العقار المرهون : على أن هناك حالة خاصة ، نصت عليها المادة ٣٢٢ مدنى ، عدل فيها الحكم المتقدم الذكر ، وهذه هى حالة بيع العقار المرهون رسميا • ففى هذه الحالة لا ينتقل الدين المضمون بالرهن الى ذمة المشترى الا باتفاق خاص بين البائع

= الاعتبار يكون لطرفى الحوالة ان يعدلا فيها أو يعدلا عنها قبل وصول هذا الاقرار الى احدهما ، (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠) • وانظر أيضا الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٧٨ •

(١) فقد نصت المادة ٤١٥ من التقنين المدنى الألمانى على أن الاقرار لا يجوز صدوره الا بعد ان يعلن المدين أو الاجنبى الحوالة للدائن » • وعلى نهج التقنين المدنى الالمانى سار تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (انظر المادة ٢٨٧/٤ من هذا التقنين الاخير آنفا فقرة ٣١٨ فى الهامش) •

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٠ •

والمشترى على حوالة هذا الدين — والى هنا لا جديد ؛ فان الحوالة لا تفترض ؛ وبيع العقار المرهون ليس من شأنه افتراض حوالة الدين المضمون بالرهن ، بل لابد أن يكون هناك اتفاق خاص على هذه الحوالة . فاذا ما عقد هذا الاتفاق بين البائع والمشترى — أى بين المدين الاصلى والمحال عليه — ثم سجل عقد البيع ، وأعلن الحوالة اى من البائع أو المشترى اعلانا رسميا للدائن ؛ فان المادة ٣٢٢ مدنى قد تكفلت بتحديد الميعاد الذى يجب فيه أن يقر الدائن الحوالة أو يرفضها . وهذا الميعاد هو ستة أشهر من وقت اعلانه بالحوالة ؛ فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقر الحوالة أو رفضها ، اعتبر سكوته اقرارا للحوالة لا رفضا لها (١) .

ونرى من ذلك أن النص قد انحرف بهذه الحالة الخاصة عن الأحكام التى تقدم ذكرها فى أمرين : ١ — قد تكفل بتحديد المدة المعقولة ، وهى ستة أشهر كما قدمنا ، ولم يتركها لتقدير أحد طرفى الحوالة . ٢ — وجعل سكوت الدائن بعد انقضاء هذه المدة اقرارا للحوالة لا رفضا لها (٢) ، وهذا عكس الحكم الذى تقرر فى غير هذه الحالة الخاصة .

---

(١) وقد استمدت المادة ٣٢٢ مدنى مصرى من المادة ٤١٦ من التقنين المدنى الالمانى . وكان المشروع الاول للنص الالمانى يجعل الدائن المرتهن مخيرا بين اقرار الحوالة او اتخاذ اجراءات تنفيذ الرهن فى مدى ستة اشهر ، حتى لايظل المدين الراهن معلقا مدة طويلة بعد أن باع العقار المرهون . ولكن النص النهائى عدل عن ذلك ، وجعل للدائن المرتهن الحق فى رفض الحوالة اذا أعلن الرفض للمدين الراهن ، حتى لايضطر الدائن المرتهن الى اتخاذ اجراءات تنفيذ الرهن فى وقت قد لا يكون ملائما . على أن النص الالمانى فى صورته النهائية يختلف عن النص المصرى فى أن اعلان الحوالة يصدر ، وفقا للنص الالمانى ، من المدين الراهن وحده ، فلا يجوز صدوره من المشترى للعقار المرهون ، وفى أن رفض الحوالة يجب اعلانه لهذا الراهن (التعليقات على التقنين المدنى الالمانى جزء اول م ٤١٦ ص ٦١٢ — ص ٦١٣ — وانظر ايضا مقال الاستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٧ — ص ٥٨ — وانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسرى المادة ١٨٣ والمقال المشار اليه ص ٦٦ . وانظر فيما يتعلق بالتقنين المدنى المصرى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٢ — ص ١٦٣) .

(٢) وقد يعلن الدائن المرتهن بالحوالة قبل تسجيل عقد البيع ، فهل يكون =

ويسوغ هذا الانحراف اعتبارات عملية . فمن المصلحة ، بعد أن انتقل العقار المرهون الى ملك المشترى ، وأصبح هذا ملزما بالدين عينيا بحكم ملكيته للعقار ، أن ينتقل الدين الى ذمته حتى تتفق مسئوليته الشخصية ، مع مسئوليته العينية • ومن ثم شجع النص على الوصول الى هذه النتيجة ، بأن تولى تحديد ميعاد ، ليس بالطويل ، يكون انقضاؤه مع سكوت الدائن ايذانا باقرار الحوالة لا برفضها (١)•

= الاعلان فى هذه الحالة باطلا لايترتب عليه أى اثر ، اذ يبقى صحيحا ولكن لا يترتب عليه أثره أى لا يسرى ميعاد ستة الاشهر — الا من تاريخ التسجيل ؟ نرجح الرأى الثانى ، لان الاخذ به من شأنه اعمال اعلان الحوالة، واعمال التصرفات خير من اهمالها (انظر الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٨٧ — ص ٢٨٨) • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فيراعى من ناحية انه لايجوز اعلان الحوالة قبل التسجيل • وينهض لتوجيه هذا القيد أن المشروع قد قصد الى تحامى الفصل بين المسئولية الشخصية والمسئولية العينية عن الدين ما أمكن ، وان من مصلحة المشترى أن تمتنع على الدائن مطالبته بمقتضى المسئولية الشخصية قبل ان تترتب مسئوليته العينية ، فيما لو أعلن بالحوالة من قبل • اما فيما يتعلق بالجزاء الذى يكفل نفاذ هذا الحكم ، فقد تعرض للذهن صورتان : فيجوز أن يعتبر الاعلان السابق على التسجيل غير ذى اثر فى بدء سريان الميعاد الحتمى المنصوص عليه فى هذه المادة ، وعلى هذا لايبدأ سريان هذا الميعاد الامن تاريخ التسجيل — ويجوز أن يعتبر هذا الاعلان غير ذى اثر بالنسبة للمشترى • بيد ان الصورة الأولى هى الأولى بالقبول ، نظرا لتمشيها مع وجوب اعمال التصرفات القانونية كلما تيسر ذلك (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٣) •

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٣٢٢ مدنى ما يأتى : « تتناول هذه المادة صورة عملية بالغة الاهمية ، تعرض عند التصرف فى عقار مرهون ، مع تحمل الخلف بالدين الذى انشىء الرهن لضمان الوفاء به . فالواقع ان انشاء رهن رسمى لضمان الوفاء بالدين يجعل عنصر المسئولية العينية اغلب من عنصر المسئولية الشخصية ، وبعبارة أخرى يصبح حق الرهن الرسمى فى هذه الحالة اصلا ، ولا يكون لمسئولية المدين الشخصية عن الدين الا منزلة الفرع من حيث التبعية • والغالب أن من يتصرف فى العقار المرهون يقصد الى نقل الدين الى الخلف ، والتحلل الشهر (لصبحت ستة أشهر) من اعلانه بها استثناء من احكام القواعد العامة، من المسئولية عنه ، فليس أسوأ من مركز مدين يظل مسئولا عن الدين شخصيا فى خلال فترة طويلة بعد أن يكون قد تصرف فى العقار الذى رهن لضمان الوفاء بهذا الدين . فاذا انصرفت نية المتصرف الى التخلص من الدين ، أمكن أن =

٣٢٠ ـ كيف يكون الاقرار : والاقرار تعبير عـن الارادة ، وليس له شكل خاص ، فأى لفظ أو كتابة أو موقف يدل على رضـاء الدائن بالحوالة يكفى • وقد يكون صريحا كما يكون ضمنيا • ويكون اقـرار الدائن للحوالة اقرارا ضمنيا اذا استوفى الدين أو جزءا منهمن المحال عليه دون تحفظ ، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به على اعتبار أنه هو المـدين (١) •

= يترتب على الحوالة التى تتم على هذا الوجه أن يصبح الخلف مسئولا من الدين مسئولية عينية ومسئولية شخصية فى آن واحد. وهو بهذه المثابة يسأل فى جميع امواله ، اذا لم يكن العقا المرهون الذى آل اليه كافيا الوفاء بحق الدائن . بيد أن مثل هذا الوضع ، رغم ما ينطوى فيه من نزوع الى التمشى مع مقتضيات العمل ، والنزول على حكم المنطق ، قد يستتبع احيانا تعـرض الدائن لخطر جدى ، ولا سيما اذا كان متاخرا فى الرتبة وكان فى شك مـن استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون • فاولى به فى هذه الحالة أن يبقى على دعواه قبل مدينه الاصلى ، متى كان مأمون اليسار من أن يرجـع بهـذه الدعوى على الخلف وقد لا يتوافر فيه من ضمانات المـلاءة ما يتوافر لدى الاصيل . ومؤدى هذا أن مصالح الدائن قد تستهدف للخطـر كلما كان نصيب المسئولية الشـخصية من الاهمية أعظم من نصيب المسـئولية العينية ، كما هو الشأن فى الحالة الاخيرة . وقد قصد المشروع الى التوفيق بين مصلحة الدائن ومصلحة المتصرف ـ ومن الواجب أن يصفى مركزه ما أمكن حتى لايطول أمد بقاء مسئوليته عن الدين بالرهن بعد بيع العقار المرهون ـ فقضى باعتبار الدائن مقرا بالحوالة ، اذا لم يقم برفضها صراحة خلال ثلاثة أشهر (أصبحت ستة أشهر) من اعلانها استثناء من أحكام القواعد العامة، (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٦١ ـ ص ١٦٢) •

ويبدو من الاسباب التى علل بها الحكم الذى نحن بصدده أن هذا الحكم منطبق ايضا فى حالة ما اذا كان العقار المبيع مثقلا بتأمين عينى آخر غير الرهن الرسمى ، كحق امتياز أو حق اختصاص •

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٤٥ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « يكون اقرار الدائن للحوالة صريحا أو ضمنيا • ويعتبر الدائن قد اقر الحوالة اذا وفى المحال عليه الدين بصفته مدينا وقبل الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، أو قبل اى عمل اخر يقوم به المحال عليه بصفته مدينا » • وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « للدائن ان يتخذ من الحوالة مواقف مختلفة : (١) فله ان يقرها ، وقد يكون الاقرار صريحا أو ضمنيا . وقد يفترض الاقرار اذا قبض الدائن دون تحفظ ما أوفى به المحال عليه ـ كالوفاء الجزئى بأصل الدين أو الوفاء بالفوائد ـ او اذا قبل من المحال عليه اداء تكليف يقع على المدين كما هو الشأن فى التجديد . بيد أنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون المحال =

ويثبت اقرار الدائن الحوالة بجميع الطرق ، وفقا للقواعد العامة ، لأنه ارادة منفردة •

٣٢١ — الدائن حر فى اقرار الحوالة أو فى رفضها : والقاعدة أن الدائن حر فى اقرار الحوالة أو فى رفضها ، فان أقرها انتقل بالنسبة اليه الدين من ذمة المدين الأصلى الى ذمة المحال عليه كما سنرى ، وان رفضها بقى المدين الأصلى مدينا له كما كان ولم ينتقل الدين بالنسبة الى الدائن من ذمة المدين الأصلى الى ذمة المحال عليه • ولا شىء يجبر الدائن على اقرار الحوالة ، مهما يكن المحال عليه مليئا ، حتى لو كان أكثر ملاءمة من المدين الأصلى ، أو كان له مال ظاهر أيسر فى التنفيذ عليه • فليس الدائن ملزما أن يغير مدينه حتى الى مدين أفضل ، فهذا أمر يرجع تقديره اليه هو ، واذا رفض اقرار الحوالة فلابد أن يكون لديه من الأسباب ما يبرر فى نظره هذا الرفض ، وهذا كاف ولا تعقيب عليه فى تقديره ، بل هو لا يسأل عن أسباب رفضه •

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن حكما يخالف هذا الحكم ، فقد كانت المادة ٤٤٦ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ — اذا رفض الدائن الاقرار ، كانت الحوالة غير نافذة فى حقه • ٢ — على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الاقرار ، اذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء » • وكان يستفاد من هذا الحكم أن الدائن اذا أحيل على شخص ملىء مقتدر بحيث يكون حقه مكفول الوفاء ، فليس

= عليه قد أوفى بالدين ، أو ادى تكليفا اخر مما يجب على المدين ، وان يكون قد اضاف الوفاء او الأداء الى نفسه لا الى المدين ، اذ فى هذا الوضع فحسب يكون الدائن قد أعتبر المحال عليه مدينا له • وقد يستفاد اقرار الدائن للحوالة من مطالبته للمحال عليه بالتزام ، أو من انظاره الى أجل معلوم • على أن القرينة التى تستخلص من تلك الظروف ليست بقاطعة ، بل يجوز اسقاط دلالتها باثبات العكس ، كما اذا كان التحفظ مستفادا من واقع الحال • (ب) وله أن يرفضها فتكون غير نافذة فى حقه » • وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة من المشروع ، لانها ليست الا مجرد تطبيق للقواعد العامة ، بدليل انه لا مقابل لها فى الفصل الخاص بحوالة الحق » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٧ — ص ١٣٨ فى الهامش) •

له أن يرفض اقرار الحوالة ، والا كان متعسفا فى استعمال حقه فى الرفض ، فيرد عليه قصده . ولا حاجة فى هذه الحالة لاقراره ، بل لا عبرة برفضه ، لتكون الحوالة نافذة فى حقه (١) . ولما عرض هذا النص على لجنة مجلس الشيوخ ، قام اعتراض على فكرة اجبار الدائن على اقرار الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء (٢) ، فوافقت اللجنة على حذف النص (٣) .

(١) انظر فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٩ — ص ١٤٠ — وقد جاء فيها ما يأتى : « والمشهور عند الحنفية هو ضرورة رضاء الدائن . ومن رأيهم أن قوله عليه السلام فى الحديث : فاذا احيل احدكم على ملىء فليحتل ، يفيد فى ظاهرة معنى الامر ، ولكنه امر استحباب او اباحة ، لان المدينين رغم يسارهم قد تتفاوت ذممهم فى حسن القضاء والمطل ، ولهذه العلة قد يحرص الدائن على عدم ابدال مدينه . ويضيف ابن الهمام الى ذلك أن الدائن قد يضار اذا اجبر على استيفاء دينه من مدين لا يوفيه : فتح القدير ٦ ص ٣٤٧ — والكاسانى ٦ ص ١٦ — ولم يعرض مرشد الحيران لهذه المسألة ، ولكن المادة ٦٧٣ من المجلة نصت صراحة على أن « الحوالة التى أجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له » . والواقع أن تعاقد المدين والمحال عليه يعتبر ، فى اصطلاح الفقه الحنفى ، عقدا موقوفا . وهو بهذه المثابة غير لازم بالنسبة لكل من المتعاقدين : انظر الكاسانى فى الدائع جـ ٥ ص ١٧٨ — ولم يرد المشروع أن يلتزم حدود هذا التصوير ولو أن له شبيها فى أحكام التقنين الصينى (م ٣٠٢) . أما الحنابلة فلا يشترطون رضاء الدائن . ولمذهبهم فى هذه الناحية طابع خاص ، فمن رأيهم — فيما عدا حالة الاعسار — أن الامر المستفاد من الحديث الذى تقدمت الاشارة اليه امر وجوب ينطوى على تكليف الدائن باستيفاء حقه ممن قبل تحمل الدين ، مادام المدين الاصلى قد احال عليه . ويعتبر الدائن ، وفقا لهذا الراى ، غير محق فى الممانعة فى اتفاق لايضار منه . فان فعل كان متعنتا ، وكان للقاضى أن يجبره على امضاء حكم هذا الاتفاق ان اقتضى الحال ذلك : منصور بن ادريس فى كشاف القناع جـ ٢ ص ١٨٧ » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٠ — ص ١٤١) .

(٢) وقد رأينا فى بيان تاريخ نص المادة ٣١٦ أن هذا الاعتراض ، لما قام فى لجنة مجلس الشيوخ ، قيل فى الرد عليه أن النص يتضمن قاعدة شرعية وردت فى حديث شريف عن النبى صلى الله عليه وسلم : فاذا احيل احدكم على ملىء فليحتل . فاجيب أن مجال تطبيق القاعدة الشرعية قد تغير ، واصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر ، فهناك اشخاص أغنياء لا يمكن التعامل معهم ولا يمكن اقتضاء الحقوق منهم » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٢ (انظر آنفا فقرة ٣١٦ فى الهامش) .

(٣) وقد رأينا أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت فى تقريرها فى هذا الصدد =

٣٢٢ ــ الاثر المترتب على اقرار الدائن للحوالة أو على رفضها :
قدمنا أن الحوالة تنعقد بمجرد تراضى المحال عليه والمدين الأصلى عليها ، وذلك قبل اقرار الدائن لها . فالاقرار الذى يصدر من الدائن انما يلحق عقدا كامل التكوين ، لا يساهم الاقرار فى تكوينه ، بل كل

= ما يأتى » حذفت من الفقرة الاولى عبارة : على انه لايجوز للدائن دون مبرر ان يرفض الاقرار اذاكان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء ــ لان هذه العبارة تفتح باب المنازعات » وقد تسبب اضرارا كبيرة للدائن الذى ارتضى ان يعامل المدين دون غيره لاسباب متعددة . رات اللجنة ان من الانسب لذلك كله سد هذا الباب وبهذا لا تكون حوالة الدين نافذة الا اذا اقرها الدائن (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٣ ــ وانظر آنفا فقرة ٣١٦ فى الهامش) .

هذا وهنالك حالة واردة فى المشروع التمهيدى ، هى حالة بيع المتجر بماله من حقوق وما عليه من ديون ، ولم يكن المشروع التمهيدى يشترط فيها رضاء الدائن . فقد كانت المادة ٤٥٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ ــ اذا بيع متجر بما له من حقوق وما عليه من ديون ، كان المشترى مسئولا عن الديون بقدر ماكسب من الحقوق . ٢ ــ ومع ذلك يبقى المدين الأصلى ملزما هو ايضا بالديون مدة ثلاث سنوات . وتحسب هذه المدة بالنسبة للديون التى حلت من الوقت الذى يقوم فيه البائع باخطار الدائنين بالحوالة وبالنسبة للديون التى لم تكون قد حلت وقت هذا الاخطار من وقت حلولها » . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « تتناول هذه المادة حكم حوالة الديون عند تفرعها على الاستخلاف على محتويات ذمة من الذمم جملة واحدة ، بوصفها جزافا ، كما هو الشأن فى بيع شركة او متجر او حصة فى هذه او تلك . ولا يشترط فى الاستخلاف على محتويات الذمة او المتجر شكل خاص بل تطبق القواعد العامة فى العقود . بيد أنه لايتيسر للمستخلف ان ينفذ التزامه بنقل عناصر الذمة او المتجر الى الخلف جملة واحدة وانما يتعين عليه ان ينقل اليه كل عنصر من تلك العناصر ان كانت من قبيل الحقوق وفقا للأوضاع الخاصة بانتقال هذه الحقوق . وقد استثنى المشروع من نطاق تطبيق القواعد العامة حكم حوالة الديون عند الاستخلاف على محتويات ذمة او متجر ، فلم يشترط رضاء الدائن لا نعقادها ، معتدا فى ذلك بما شرع من ضمانات لحماية الدائن . وقد نص على احتفاظ الدائن بحقه فى الرجوع على المدين الاصلى بوصفه مدينا مع من يخلفه » فى خلال ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ اخطار الدائنين بالحوالة بالنسبة للديون التى حلت ومن تاريخ حلول الديون غير المستحقة الاداء . فاذا انقضت مدة السنوات الثلاث ، سقط حق الدائن فى الرجوع على المدين الاصلى . وغنى عن البيان ان فى هذا الاجل فسحة تكفل للدائن حسن القيام على مصالحه . ولا يسأل المحال عليه عن الديون الا بنسبة ما آل اليه ، فمسئوليته تنحصر على هذا الوجه فى حدود عناصر =

ما له من أثر هو نفاذ الحوالة فى حق الدائن . ومن ثم لا يعتبر الاقرار قبولا ينتج أثره من وقت صدوره ، بل هو اقرار لاتفاق تم من قبل ، فيكون له أثر رجعى يستند الى وقت انعقاد الحوالة لا الى وقت صدور الاقرار .

ويترتب على أن للاقرار أثرا رجعيا أنه اذا كان أحد طرفى الحوالة — المدين الأصلى أو المحال عليه — فقد أهليته فى الفترة ما بين صدور الحوالة وصدور الاقرار ، فان هذا لا يمنع من صدور الاقرار . وهذا بخلاف ما اذا لم يكن للاقرار أثر رجعى ، فانه يجب فى هذه الحالة أن يكون كل من المدين الأصلى والمحال عليه باقيين على أهليتهما الى وقت صدور الاقرار .

ومتى صدر اقرار الدائن على النحو الذى سبق بيانه ، أصبحت الحوالة نافذة فى حقه ، وانتقل الدين بالنسبة اليه من المدين الأصلى الى المحال عليه . وسنبين ذلك تفصيلا فيما يلى :

أما اذا رفض الدائن اقرار الحوالة ، بقيت الحوالة قائمة بين المدين الأصلى والمحال عليه على الوجه الذى سنبينه . غير أنها لا تنفذ فى حق الدائن ، فلا يكون المحال عليه مدينا له مباشرة ، ولا يحق للدائن

= الذمة التى استخلف عليها ، فاذا لم تكن جميع الاموال قد انتقلت اليه ، جاز تاسيس هذه المسئولية على ما يكون له من حقوق أو دعاوى فى تلك الاموال . ويسرى حكم هذا النص متى اعتبرت محتويات الذمة التى يقع الاستخلاف عليها جزافا ، ولايهم فى ذلك ان تكون بعض الاموال قد اخرجت منها فرادى لاحتفاظ المدين الاصلى بها ، لان الدائن يستبقى حقه فى الرجوع على هذا المدين فى خلال ثلاثة سنوات كما تقدم بيان ذلك » . هذا وقد اقترح فى لجنة المراجعة حذف هذا النص ، فوافقت اللجنة على حذفه (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٦١) . وكذلك المادة ٤٥٧ من المشروع التمهيدى ماخوذة من المادة ٤١٩ من التقنين المدنى الالمانى (انظر التعليقات على التقنين المدنى الالمانى جزء أول م ٤١٩ ص ٦٢١ ـ ص ٦٢٢ ـ وانظر ايضا مقال الاستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢١ ص ٥٨ ـ ص ٥٩ ـ وانظر فى حالة بيع المتجر المادتين ٢٥ و ٢٦ من التقنين التجارى الالمانى — وانظر فى تقنين الالتزامات السويسرى المادتين ١٨١ و ١٨٢ ومقال الاستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى المشار اليه ص ٦٥ ـ ص ٦٦) .

أن يجبره على الوفاء (١) . ثم ان الدائن ، اذا رفض اقرار الحــوالة ، لا يستطيع العودة الى اقرارها بعد الرفض .

الفــرع الثــانى

اتفاق الدائن والمحال عليه

٣٢٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز أيضا أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه » .

« ٢ — وتسرى فى هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠ » (٢).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المــدنى الســابق ، لأن هــذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما قدمنا .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربيــة الأخــرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢١ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٨ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤١ — وفى تقنين الموجبات

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى ، وهو الفقرة الاولى من المادة ٤٤٦ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « اذا رفض الدائن الاقرار ، كانت الحوالة غير نافذة فى حقه » . فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لانه مجرد تكرار للفقرة الاولى من المادة ٣١٦ مدنى ، اذ تنص هذه الفقرة على أنه « لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن الا اذا أقرها » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٧ — ص ١٣٨ فى الهامش) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنــة المراجعة تحت رقم ٣٣٣ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٧ وص ١٥٩) .

والعقود اللبنانى المـادة ١٧٨/١ ـ وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٧٩ (١) •

ويتبين من هذا النص أن هناك صورة ثانية لانعقاد الحـوالة • بل ان هذه هى الصورة الأصلية ، لأن رضاء الدائن فيها يســاهم فى تكوين الحوالة ، لا فى نفاذها فحسب • وهذه الصورة هى اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه ، دون حاجة الى رضــاء المدين الأصلى لا فى انعقاد الحوالة ، بل ولا فى نفاذها فى حق هذا المدين •

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٣٢١ (مطابقة للمادة ٢٢١ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الليبى م ٣٠٨ (مطابقة للمادة ٣٢١ من التقنين المـدنى المصرى) •

التقنين المدنى العراقى م ٣٤١ : يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه • ويلزم المحال عليه بالاداء ، ولكن ليس له الرجوع على المدين الاصلى الا اذا اقر المدين الحوالة •

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى • غير أن رجوع المحـال عليه على المدين الاصلى فى التقنين المصرى جائز بقاعدة الاثراء بلا سبب حتى لو لم يقر المدين الحوالة) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٢٨٧ : انتقال دين المديون يحصل اما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه ، واما بالاتفاق بين هذا والمديون •

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) •

التقنين المدنى الكويتى م ٣٧٩ : تصح الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ولكن اذا لم يقرها المدين الاصلى فلا يكون للمحال عليه حق الرجوع عليه طبقا لاحكام حوالة الدين .

(وهذا النص يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى المنصوص عليه فى المادة ٣٢١ ، اذ فى كلا التقنينين يجوز للمحال عليه الرجوع على المدين الأصلى بقاعدة الاثراء بلا سبب فى حالة عدم اقرار المدين الاصلى الحوالة ولكن لا يجوز للمحال عليه الرجوع على المدين الاصلى طبقا لاحكام حوالة الدين طالما ان هذا المدين لم يقر الحوالة) •

التقنين المدنى الاردنى : لم يورد نصا مماثلا لحكم المادة ٣٢١ مـــن التقنين المدنى المصرى •

فنبين اذن : ١ ـ كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه على للحوالة • ٢ ـ وما أثر هذا الاتفاق بالنسبة الى المدين الأصلى •

٣٢٤ ـ كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه : هذه الصورة الثانية لحوالة الدين تمتاز عن الصورة الأولى فى أن الدائن ـ وهو صاحب الدين ـ هو الذى يتولى بنفسه تحويل الدين الذى له من ذمة مدينه الأصلى الى ذمة المحال عليه (١) • فالاتفاق يتم اذن مباشرة بين الدائن والمدين الجديد ، وبموجبه يتحول الدين من ذمة المدين القديم الى ذمة المدين الجديد ، دون حاجة الى رضاء المدين القديم •

وليس للاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الارادة يكفى • وقد يكون تراضى الطرفين صريحا ، كما يكون ضمنيا ، فاذا عرض المحال عليه على الدائن الوفاء بجزء من الدين باعتباره هو المدين ، لا باعتباره نائبا عن المدين الأصلى ، وقبل منه الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، فقد انعقدت حوالة الدين بتراض ضمنى ، وتحول الدين الى ذمة المحال عليه ، ولزمه أن يفى للدائن بالباقى منه (٢) •

---

(١) اما فى الصورة الاولى ، فان المدين هو الذى يحول الدين من ذمته الى ذمة المدين الجديد ، ولذلك اقتضت هذه الصورة رضاء الدائن حتى تكون الحوالة نافذة فى حقه • ولم تقتض الصورة الثانية التى نحن بصددها رضاء المدين الاصلى ، ولو لتكون الحوالة نافذة فى حقه ، فان الحوالة تنعقد فى هذه الصورة الثانية نافذة فى حق المدين الاصلى بمجرد انعقادها ودون حاجة الى رضائه كما سنرى •

وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز أن تتم حوالة الدين وفقا لنص المادة ٣٢١ من القانون المدنى فى صورة اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه يتحول الدين بمقتضاه من ذمة المدين القديم الى ذمة المدين الجديد دون حاجة الى رضاء المدين القديم ، واذ كان القانون لم يتطلب فى هذا الاتفاق شكلا خاصا فانه يكفى اى تعبير عن الارادة يدل على تراضى الطرفين واتجاه نيتهما الى ان المدين الجديد يحل محل المدين الاصلى فى التزامه ولو كان هذا التراضى ضمنيا ،واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى ـ فى استخلاص سائغ الى أن ثمة اتفاق بين الطاعن والمطعون ضدها الدائنة تراضى فيه الطرفان ضمنا على ان يتحمل الطاعن دين المدين الاصلى ـ شقيقه ـ وكان استظهار نية المتعاقدين واستخلاصها من أوارق الدعوى وظروفها مما تستقل به محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحملة ، فان =

ويجب أن يقع اتفاق الحوالة على الدين ذاته ، حتى ينتقل الدين بجميع ضماناته وصفاته وبجميع دفوعه الى المــدين الجــديد ، وذلك تطبيقا للمادتين ٣١٨ و ٣٢٠ مدنى اللتين تسريان فى الصورة التــى نحن بصددها ، كما تنص على ذلك الفقــرة الثــانية من المــادة ٣٢١ مدنى (١) .

ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق متمحضا بنية الحوالة . اذ يصح أن يتفق الطرفان ، لا على حوالة الدين ، بل على تجديده . وقد عرفنا الفرق بين الحوالة والتجديد ، ففى الحوالة ينتقل الدين نفسه الــى ذمة المدين الجديد ، أما فى التجديد فينقضى الدين الأصلى ويحل محله دين جديد . ونية الحوالة هى التى تميز الاتفاق على حوالة الدين عن الاتفاق على التجديد ، فان التجديد يتم أيضا ، كما سنرى ، باتفــاق بين الدائن والمدين الجديد . وقد كان هذا التمييز نهاية لتطور طــويل فى القانون ، اذ كان الاتفاق على التجديد هو المعــروف وحــده ، ثم عرف بعد ذلك التعهد بوفاء الدين (expromission) ، وتطــور هــذا التعهد الى أن أصبح اتفاقا على الحوالة (٢) .

كذلك يجب التمييز بين الاتفاق على الحوالة على النحو الذى قدمناه والاتفاق على أن يكون المدين الجديد مضافا الى المدين الأصلى ومتضامنا معه فى الدين ، ففى هذه الحالة الأخيرة لا ينتقل الدين الى ذمة المدين الجديد ، بل يبقى فى ذمة المدين الأصلى ، ويتضامن معه فيــه مــدين جــــديد (٣) .

= ما ينعاه الطاعن يكون على غير اساس : نقض مدنى فى ٣١ مايو ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٣٧ ص ١٢٤٠ .

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمـــــال التحضيرية ٣ ص ١٥٨ .

(٢) انظر فى هذا المعنى التعليقات على التقنين المدنى الالمانى جزء أول ص ٦٠١ — ص ٦٠٢ .

(٣) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يشترط لانعقاد الحوالة فى هذه الصورة شكل خاص ، بل تسرى القواعد =

٣٢٥ — أثر الاتفاق بالنسبة الى المدين الاصلى : قدمنا أن هذا الاتفاق لا يقتضى اشتراك المدين الأصلى فيه ولا اقراره له ، فرضاؤه غير ضرورى لا لانعقاد الحوالة ولا لنفاذها فى حقه . ذلك أنه من القواعد المقررة أنه يجوز لأجنبى أن يفى بالدين دون رضاء المدين (المادة ٣٢٣ مدنى) ، ومتى قبل الدائن الوفاء ، ولو عارض المدين ، انقضى الدين ، وكان للاجنبى الذى وفاه الرجوع على المدين الأصلى بمقتضى قواعد الاثراء بلاسبب اذا كان الوفاء بغير علمه أو برغم ارادته . ويقاس على الوفاء الحوالة ، والأجنبى هنا — وهو المحال عليه أو المدين الجديد — لم يف بالدين فعلا ، بل اتفق مع الدائن على أن ينقله الى ذمته . فينتقل الدين بهذا الاتفاق ، وتبرأذمة المدين الأصلى ، رضى بالحوالة أو لم يرض ، علم بها أو لم يعلم ، فالاتفاق يسرى فى حقه دون أن يكون طرفا فيه بل ودون أن يقره ، لأنه يتمحض لمصلحته (١) . ومن ذلك نرى أن الحوالة فى هذه الصورة الثانية ، بخلاف الصورة الأولى ، تنعقد نافذة فورا فى حق المدين الأصلى بمجرد انعقادها ودون حاجة الى اقرار هذا المدين (٢) .

= العامة بشأن اثبات انعقادها ، كما أن الرضاء فيها قد يكون صريحا أوضمنيا . بيد انه يشترط على أى حال أن يفرغ رضاء الطرفين بحيث يتيسر للدائن أن يفهم أن المحال عليه لم يقصد الى الاشتراك فى المسئولية عن الدين ، أو الى الالتزام به على سبيل التضامن ، بل الى احلال نفسه محل المدين الأصلى فى أدائه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٧ — ص ١٥٨) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشرع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ولا يشترط رضاء المدين الأصلى بالحوالة فى هذه الصورة ، فهى تنعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها وذلك انها تتمحض لمنفعته ، اذ يترتب عليها ان تبرأ ذمته من الالتزام » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المواد ٣١٥ و ٣١٦ و ٣٢١ من القانون المدنى ، أن حوالة الدين تتحقق اما باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه الذى يصبح بمقتضاه مدينا بدلا منه ، ولا ينفذ فى مواجهة الدائن بغير اقراره ، واما باتفاق بين الدائن والمحال عليه بغير رضاء المدين الاصلى : نقض مدنى فى ١٩ ابريل ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١ .

بيد أن عدم اشتراك المدين الأصلى فى الحوالة يظهر أثره فى أمرين:
(الأمر الأول) رجوع المحال عليه على المدين الأصلى بما وفاه للدائن. ففى الصورة الأولى التى تتم برضاء المدين الأصلى بموجب اتفـاق بينه وبين المحال عليه ، يحدد هذا الاتفاق كيف يرجع المحال عليه على المدين الأصلى بما يوفيه للدائن على النحو الذى سنبينه فيما يلى . أما هنا فى الصورة الثانية التى نحن بصددها فالمدين الأصلى لم يتدخل فى الحوالة ، فيكون رجوع المحال عليه بالدين الذى وفاه عنه غير قـائم على أى اتفاق بينهما ؛ فلا يبقى الا أن يرجع عليه بقاعدة الاثراء بلا سبب . (والأمر الثانى) ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه . ففى الصـورة الأولى التى تتم باتفاق بين المدين الأصـلى أن يكون عليه ، تقضى المادة ٣١٩ مدنى بأن « يضمن المدين الأصـلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » . أما فى الصورة الثانية التى نحن بصددها ، حيث لا يتـدخل المدين الأصلى فى الحوالة ، فلا ضمان عليه ، وقـد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدنى تقضى ، فى هذه الصورة الثانية ، بسريان المـادة ٣١٨ (انتقال الدين بضماناته) والمادة ٣٢٠ (انتقال الدين بدفوعه) دون المادة ٣١٩ (ضمان اليسار) . وهذا أمر طبيعى ، فضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه وقت اقرار الدائن للحوالة لا يكون الا اذا كان هذا المدين قد اشترك فى الحوالة ورضى بهـا ، أى فى الصـورة الأولى . أما اذا لم يشترك فيها ، كما هى الحال فى الصورة الثانية ، فلا محل لهذا الضمان .

الفصـــل الثـــانى

الآثـــار التى تترتب على حوالة الدين

٣٢٦ ـ علاقات متنوعة : هنا أيضا ، كما فى حوالة الحق ، اذا انعقدت حوالة الدين تقـــــوم علاقات متنوعة تتناول كلا من الدائن والمدين الأصلى والمحال عليه .

وتختلف حوالة الدين عن حوالة الحق فى أن هذه العـــلاقات لا تتناول الغير . ذلك أن الغير فى حوالة الحق هو ، كما قدمنا ، كل شخص كسب حقا على الحق المحال به ، كمحال له ثان أو دائن حـــاجز ، ولا يتصور « غير » على هذا النحو فى حوالة الدين (١) .

فنستعرض : ١ ـ علاقة الدائن بالمحال عليه ٢ ـ علاقة الدائن بالمدين الأصلى ٣ ـ علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه .

الفـــرع الأول

عـــلاقة الدائن بالمحال عليه

٣٢٧ ـ مسائل ثلاث : نفرض هنا أن الحوالة قد انعقدت ونفذت فى حق الدائن ، اما بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصـــلى

---

(١) واذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه واقر الدائن الحوالة ، **فقد انتقل الدين الى ذمة المحال عليه بالنسبة الى الدائن** نفسه بمجرد اقراره . فاذا فرض أن المدين الاصلى اتفق مع شخص آخر على أن يحول له الدين ، بعد الاتفاق الاول الذى اقره الدائن ، فان الدين ، **وقد سبق أن تحول الى ذمة المحال عليه الاول بالحوالة الأولى ، لا يمكن** أن يتحول مرة أخرى الى ذمة المحال عليه الثانى ، لان المدين الاصلى وقت الحوالة الثانية لم يكن مدينا .

وغنى عن البيان ان المدين الاصلى اذا عقد حوالتين متعاقبتين مـــــع شخصين مختلفين ، فأية حوالة منهما يقرها الدائن اولا هى التى تسرى . ولا عبرة بالحوالة الثانية بالنسبة الى الدائن ، وان هذه الحوالة الثانية تبقى **قائمة بين المدين الأصلى والطرف الآخر فيها** .

وهذا هو الحكم ايضا فيما اذا عقدت حوالتان متعاقبتان ، احداهما او كلتاهما باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فأية حوالة منهما رضى الدائن بها **او اقرها اولا هى التى تسرى** .

والمحال عليه ثم أقرها الدائن (١) كما هو الأمر فى الصــورة الأولى ، واما بأن تكون قد انعقدت نافذة فورا فى حق الجميع وذلك باتفاق بين الدائن والمحال عليه كما هو الأمر فى الصورة الثانية •

فى هذا الفرض ينتقل الدين ، كما قدمنا ، من ذمة المدين الأصلى الى ذمة المحال عليه • فيستخلف المدين الأصلى المحال عليه فى الدين نفسه ، ومن ثم تنتقل مع الدين ضماناته ودفوعه •

فعندنا اذن مسائل ثلاث : ١ ــ استخلاف المحال عليه فى الدين ، أى حلول المحال عليه محل المدين الأصلى فى الدين ٢ ــ انتقال الدين بضماناته ٣ ــ انتقال الدين بدفوعه •

المبحث الأول

حلول المحال عليه محل المدين الأصلى فى الدين

٣٢٨ ــ مايترتب على هذا الحلول : متى صارت حوالة الــدين نافذة فى حق الدائن ، يحل بالنسبة اليه المحال عليه محل المدين الأصلى فى الدين • ويترتب على ذلك : ١ ــ أن تبرأ ذمة المدين الأصــلى قبــل الدائن ٢ ــ وأن ينتقل الدين نفسه الى المحال عليه •

٣٢٩ ــ براءة ذمة المدين الاصلى قبل الــدائن : براءة ذمة المــدين الأصلى قبل الدائن هى النتيجة الحتمية المترتبة على انتقال للدين من ذمته الى ذمة المحال عليه • وتتم براءة الذمة من وقت انعقاد الحوالة فى كل من صورتيهما • ذلك أن الحوالة اذا انعقدت باتفاق بين الــدائن والمحال عليه ، فانها تنعقد نافذة مباشرة فى حق الدائن ، فتبرأ ذمــة المدين الاصلى من وقت انعقاد الحوالة • واذا هى انعقدت باتفاق بين

---

(١) اما قبل اقرار الدائن فقد قدمنا ان الحوالة لا تكون نافذة فى حقه، ويكون المحال عليه بالنسبة اليه ؛ ويبقى المدين الاصلى هو المدين تجــاه الدائن •

المدين الأصلى والمحال عليه ، فأنها لاتصبح نافــذة فى حق الـــدائن الا باقراره كما قدمنا ، ولكن هــذا الاقرار ينســحب أثره الى وقت انعقاد الحوالة كما سبق القول ، فتستند براءة ذمة المدين الأصلى فى هذه الصورة أيضا الى وقت انعقاد الحوالة (١) .

وغنى عن البيان أن ذمة المدين الاصلى تبرأ على النحو الذى قدمناه دون حاجة الى أن يصرح الدائن بذلك ، فان هذا المعنى مســتفاد مــن رضــائه بالحوالة فى الصورة الاولى ومن اقــراره لهــا فى الصــورة الثانية (٢) .

ويترتب على أن ذمة المدين الأصلى تبرأ من قت انعقاد الحــوالة نتيجتان هامتان :

١ ــ تعتبر هذه البراءة نهائية من وقت انعقــاد الحوالة . فلو أن المحال عليه ، وقد انتقل الدين الى ذمته من هذا الوقت ، أعسر بعد ذلك ولم يستطع الدائن أن يستوفى منه الدين ، فان الدائن لا يستطيع الرجوع بالدين على المدين الأصلى بعد أن برئت ذمته من الدين كما قدمنا . وهذا ظاهر فى حالة انعقاد الحوالة باتفاق بين الــدائن والمحال عليه ، فــان المدين الأصلى لا يكون مسئولا حتى عن ضمان يسار المحال عليه كما قدمنا . أما فى حالة الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، فسنرى أن المدين الأصلى يضمن للدائن أن يكون المحــال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة (م ٣١٩ مدنى) . فلو أعسر المحال عليــه بعد انعقاد الحوالة وقبل اقرار الدائن لها ، فان الدائن ، وان كــان لا يرجع على المدين الأصلى بالدين ذاته ، الا أنه يرجع عليه بالضمان .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصــا فى هذا المعنى هو المادة ٤٥٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجــه الآتى : « ١ ــ اذا أقر الدائن الحوالة ، برئت ذمة المدين الأصلى ، وحل محله المحال عليه ٢٠ ــ وينسحب أثر الاقرار لليوم الذى تم فيه الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لانه مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ هامش رقم ١) .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١ ــ ص ١٥٢) .

واذا كان اعسار المحال عليه تاليا لاقرار الدائن للحوالة ، فليس للدائن بغير اتفاق خاص أن يرجع حتى بالضمان على المدين الأصلى (١) •

٢ — تبرأ ذمة المدين الأصلى من وقت انعقاد الحوالة ، وتنشغل ذمة المحال عليه بالدين من هذا الوقت ، بحيث لو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الاقرار ، فى احدى صورتى الحوالة ، لم يكن لذلك أثر فى صحة التزامه بالدين قبل الدائن ولا فى براءة ذمة المدين الأصلى ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك • ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت ، فى الصورة الأخرى ، باتفاق بين الدائن الأصلى والمحال عليه ، وفقد المحال عليه أهليته بعد ذلك ، فان فقدانه لأهليته لا يؤثر فى صحة التزامه نحو الدائن بعد أن تم التعاقد بينهما على انتقال الدين الى ذمته • ولو نشأ دين ، فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة واقرار الدائن لهافى الصورة الاولى من صورتى الحوالة ، لصالح المدين الأصلى فى ذمة الدائن ، فان المقاصة ، بعد اقرار الدائن للحوالة واستناد هذا الاقرار الى وقت انعقادها ، لا تقع بين الحق المحال به وهذا الدين الذى نشأ • ذلك أن الدين المحال به يكون قد انتقل باقرار الدائن للحوالة الى ذمة المحال عليه فلم تعد ذمة المدين الاصلى مشغولة به ، ويستند هذا الأثر الى وقت انعقاد الحوالة أى الى وقت سابق على نشوء الدين لصالح المدين الأصلى فى ذمة الدائن ، فلا تقع المقاصة بين الدينين • ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت ، فى الصورة الثانية ، باتفاق بين الدائن الاصلى والمحال عليه ، فان الدين المحال به ينتقل بمجرد هذا الاتفاق الى ذمة المحال عليه ولاتعود ذمة المدين الأصلى مشغولة به ، فلو نشأ دين بعد ذلك لصالح المدين الأصلى فى ذمة الدائن لم تقع مقاصة بينه وبين الدين المحال به (٢) •

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتعتبر البراءة نهائية ، فلو اعسر المدين الجديد فيما بعد ، فليس للدائن أن يرجع على الاصيل » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢) •

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ومتى أقر الدائن الحوالة يجرى الحكم كما لو كان هذا الدائن قد اشترك =

٣٣٠ — انتقال الدين نفسه الى المحال عليه : وبراءة ذمة المدين الأصلى من الدين انما هى نتيجة ترتبت على انتقال هذا الدين نفسه الى ذمة المحال عليه كما قدمنا . والدين الذى ينتقل هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين الأصلى ، وينتقل بصفاته وضماناته ودفوعه . وسنرى فيما يلى كيف تنتقل الضمانات والدفوع .

أما انتقال الدين بصفاته ، فمثله أن يكون الدين معلقا على شرط أو مضافا الى أجل ، فينتقل بشرطه أو أجله (١) . ومثله أيضا أن يكون الدين تجاريا فينتقل على هذا الوصف ، أو أن يكون منتجا لفوائد فينتقل منتجا للفوائد بنفس السعر وبنفس الشروط ، أو أن يكون قد بدأ سريان التقادم ضده فينتقل والتقادم مستمر فى سريانه الى أن يعترضه وقف أو انقطاع ، أو أن يكون مقترنا بسند تنفيذى كحكم قابل للنفاذ أو ورقة رسمية فينتقل قابلا للتنفيذ بهذا السند نفسه .

وينتقل الدين على هذا النحو الى ذمة المحال عليه من الوقت الذى تبرأ فيه ذمة المدين الأصلى ، أى من وقت انعقاد الحوالة على الوجه الذى قدمناه .

ومن هذا الوقت لا يستطيع الدائن أن يستوفى الدين الا من المحال عليه (٢) . وليس له أن يطالب المدين الاصلى

= فى التعاقد الذى تم من قبل بين المحيل والمحال عليه . . ويراعى ان اثر براءة ذمة المدين الأصلى والتزام المدين الجديد قبل الدائن ينسحب الى هذا التاريخ ، فلو زالت عن المحال عليه اهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الاقرار ، فلا يكون لذلك اثر صحة التزامه قبل الدائن ، لان الدائن يعتبر طرفا فى التعاقد السابق . ولو نشأ سبب من اسباب المقاصة لصالح المدين الاصيل فى هذه الفترة ، فلا يجوز التمسك بمثل هذا السبب ، اذ المفروض ان الاصيل قد برئت ذمته من قبل » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢) .

(١) وتنص المادة ٣٤٧ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على ما يأتى : « يتحول الدين على المحال عليه بصفته التى على المحيل ، فان كان حالا تكون الحوالة به حالة ، وان كان مؤجلا تكون مؤجلة » .

(٢) وفى الفقه الاسلامى ، يوجد ، كما قدمنا ، ضرب من الحوالة يعرف بالحوالة المقيدة . وصورتها ان يتفق كل من المدين الأصلى والمحال عليه والدائن على ان يستوفى الدائن الدين الذى فى ذمة المدين الأصلى من دين فى ذمة المحال عليه لهذا المدين الاصلى ، فتتقيد حوالة الدين باستيفائه من دين =

بشيء (١) . وللدائن أن يستوفي الدين من المحال عليه بأي سبب من أسباب الاستيفاء : بالوفاء ، أو بالمقاصة ولو نشأ الدين الجديد في ذمة الدائن

= آخر للمدين الاصلي في ذمة المحال عليه ، وقد ورد في التقنين المدني العراقي طائفة من النصوص في هذه الحوالة المقيدة ، نكتفي بايرادها فيما يلي :

م ٣٥٢ عراقي : اذا اشترط المحيل في الحوالة ان يبيع المحال عليه عينا مملوكة للمحيل ويؤدي الدين المحال به من ثمنها وقبل المحال له الحوالة بهذا الشرط ، صحت الحوالة ، ولا يجبر المحال عليه على الدفع قبل البيع ، ويجبر على البيع وتأدية الدين من الثمن .

م ٣٥٣ عراقي : ١ - اذا سقط الدين الذي تيدت به الحوالة بأمر عارض بعدها ، فلا تبطل الحوالة . فلو احال البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع ، فهلك المبيع عند البائع قبل تسليمه للمشتري وسقط الثمن عنه ، أو رد المبيع بخيار عيب أو غيره ، فلا تبطل الحوالة ، ويكون للمحال عليه بعد الاداء الرجوع بما اداه . ٢ - اما اذا سقط الدين الذي تيدت به الحوالة بأمر سابق عليها ، وتبينت براءة المحال عليه منه ، فان الحوالة تبطل . فلو احال البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع ، ثم استحق المبيع للغير ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل .

م ٣٥٤ عراقي : في كل موضع ورد فيه استحقاق المبيع الذي احيل بثمنه ، اذا ادى المحال عليه الثمن ، كان له الخيار في الرجوع ، ان شاء رجع على المحال له القابض ، وان شاء رجع على المحيل .

م ٣٥٥ عراقي : ١ - اذا احال المدين غريمه على الوديع حوالة مقيدة بالعين المودعة عنده ، فهلكت الوديعة قبل ادائها للمحال له بلا تعد من الوديع ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل . واستحقاق الوديعة للغير مبطل للحوالة كهلاكها . ٢ - فان كان هلاك الوديعة بتقصير الوديع أو تعديه فلا تبطل الحوالة .

م ٣٥٦ عراقي : ١ - اذا حال المدين غريمه على الغاصب حوالة مقيدة بالعين المغصوبة ، فهلكت العين في يد الغاصب قبل ادائها للمحال له ، فلا تبطل الحوالة . ٢ - فان استحقت العين المغصوبة للغير ، بطلت الحوالة وعاد المحال له بحقه على المحيل .

انظر أيضا الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٣٣٩ عراقي وقد سبق ذكرهما : آنفا فقرة ٣١٢ في الهامش .

(١) وتنص المادة ٣٤٦ من التقنين المدني العراقي في هذا المعنى على ما يأتي : « اذا قبل المحال له الحوالة ورضي المحال عليه بها ، برئ المحيل من الدين ومن المطالبة معا ، وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه » .

لصالح المحال عليه في الفترة مابين انعقاد الحوالة واقرار الدائن لها ، أو بالتجديد ، أو باتحاد الذمة ، أو بالابراء ، أو بغير ذلك (١) .

المبحث الثـانى

انتقال الدين الى المحال عليه بضماناته

٣٣١ ــ **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣١٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) وتنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على ما يأتى : « تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به ، أو بحوالته اياه على اخر ، أو بالابراء أو باتحاد الذمة ، أو باى سبب اخر يقضى الالتزام » .
واذا أراد الدائن استيفاء الدين من المحال عليه ، فوجده معسرا أعسارا جزئيا ، زاحم بقية دائنى المحال عليه ، وما بقى له من الدين بعد ذلك يرجع به على المدين الاصلى ان كان له حق الرجوع عليه بالضمان ، وذلك فيما اذا أعسر المحال عليه قبل اقرار الدائن للحوالة (م ٣١٩ مدنى) . وفى هذا المعنى تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « اذا مات المحال عليه مدينا ، يقسم ماله بين الغرماء وبين المحال له بالحصص ، ومــا بقــى للمحال له بعد القسمة يرجع به على المحيل اذا كان له حق الرجوع » .
وبديهى أن نص التقنين العراقى السالف الذكر لا يعرض لحالة ما اذا كان الدين المحال به مضمونا برهن أو بامتياز او باى تأمين آخر . فان كان مضمونا بشىء من ذلك ، فان مزاحمة دائنى المحال عليه للدائن لا تنقطع فيما يتعلق بمال المحال عليه، وتنقطع بداهة فيما يتعلق بالضمان فلا يزاحم دائنو المحال عليه الدائن فى المال المثقل برهن أو امتياز او نحو ذلك . والغريب أن الاستاذ حسن الذنون يأخذ على المادة ٣٥١ من التقنين المدنى العراقى أنها لم تذكر هذا الأمر البديهى ، وهى لو ذكرته لكان هذا فضولا ليس له مبرر وتزيدا لامحل له . والأغرب من ذلك أن الاستاذ ينعى فى هذه المناسبة على التقنين المدنى العراقى انه لم يوفق فى الجمع بين الفقه الاسلامى والفقه الغربى ، فيقول فى صدد هذا النص : « وهذا اخر من امثلة كثيرة جدا (كذا) تدل دلالة واضحة على عدم توفيق المشرع فى الجمع بين الفقهين الاسلامى والمدنى جمعا غير متنافر ولا متناقض » (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٣٦) . ونحسب أن الاستاذ حسن الذنون قد تسرع فى تقدمه بهذا الحكم ، وكان واجب الانصاف يقتضيه أن يكون أدق نظرا وأوسع احاطة قبل ان ينعى على التقنين المدنى العراقى تناقضا لا وجود له . أما المسألة التى اثارها فى خصوص حق الامتياز العام ، كامتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر وكامتياز النفقة المستحقة فى ذمة المدين ، وقد جزم الاستاذ =

« ١ ــ تبقى للدين المحال به ضماناته .

« ٢ ــ ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا كان أو شخصيا ، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٨ ــ وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٥ ــ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤٨ ــ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٨٨ ــ وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٨١ ــ وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ١٠٠٣ و ١٠٠٤ (٢) .

= أن هذا ينتقل باعتباره وصفا للدين الى مال المحال عليه بعد الحوالة ، فهذه مسألة لا تزال محلا للنظر ، وسنشير اليها فيما يلى (أنظر فقرة ٣٣٢ فى الهامش) .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٤٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة وردت فى آخر الفقرة الاولى من المشروع التمهيدى هذا نصها : « بالرغم من تغير شخص المدين » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة لعدم ضرورتها ، واصبح النص كامل التطابق ، وصار رقمه ٣٣٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٦ ــ ص ١٤٧) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٣١٨ (مطابقة للمادة ٣١٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٠٥ (مطابقة للمادة ٣١٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٤٨ : ١ ــ تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغيير شخص المدين ، فاذا احال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشترى البائع بالثمن على آخر ، فلا يسقط حق المرتهن فى الرهن ولا حق البائع فى حبس المبيع . أما اذا احال المرتهن غريما له على الراهن ، فان حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهنا للمحال له ، وكذا اذا أحال البائع غريما له على المشترى بالثمن يسقط حقه فى حبس العين المبيعة . ٢ ــ على أن من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل المحال عليه ، الا اذا رضى الكفيل بالحوالة . =

والنص ، كما نرى ، يعرض للنوعين من الضمانات : ١ - الضمانات العينية التى تأتى من جهة المدين الأصلى ٢ - والضمانات الشخصية أو العينية التى يقدمها كفيل من المدين الأصلى للدائن .

٣٣٢ - الضمانات العينية التى تأتى من جهة المدين الاصلى : قد يكون المدين الأصلى قدم للدائن ضمانا للدين ، رهنا رسميا أو رهنا حيازيا . أو يكون الدين مضمونا بحق امتياز أو حق اختصاص يثقل عينا مملوكة للمدين . فتنتقل كل هذه الضمانات العينية مع الدين لمصلحة الدائن (١) .

= (وهذا النص حكمه يتفق مع حكم نص التقنين المصرى . وسنعرض فيما يلى الى الحالة التى يحول الدائن فيها على مدينه دينا فى ذمته لدائن له ، فيحيل المرتهن غريما له على الراهن أو يحيل البائع غريما له على المشترى بالثمن ، وسنرى أن الحكم المنصوص عليه فى الفقرة الاولى من المادة ٣٨٤ من التقنين المدنى العراقى خاصا بهذه الحالة ليس الا تطبيقا للقواعد العامة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٨٨ : ان التأمينات العينية تبقى قائمة بعد انتقال الدين . أما التأمينات الشخصية فتسقط ، الا اذا وافق المسئولون على الاتفاق الذى عقد .

(وهذا النص حكمه يتفق فى جملته مع التقنين المصرى ، الا ان عبارة « التأمينات العينية » الواردة فى التقنين اللبنانى واسعة ، فهى تشمل الكفيل العينى ، والكفيل العينى فى التقنين المصرى لا يضمن المحال عليه الا اذا رضى بالحوالة : انظر الدكتور صبحى محمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥٥) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٨١ : ١ - ينتقل الدين الى المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته . ٢ - ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينيا كان أو شخصيا ملتزما قبل المحال له الا اذا رضى بالحوالة .

وهذا النص يتفق فى حكمه مع نص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ١٠٠٣ : ينتقل الدين على المحال عليه بصفته التى على المحيل فان كان حالا تكون الحوالة حالة وان كان مؤجلا تكون مؤجلة .

م ١٠٠٤ : ١ - تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم تغيير شخص المدين . ٢ - ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينيا كان أو شخصيا ، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى الحوالة .

(وهذان النصان يتفقان فى حكمهما مع نص التقنين المدنى المصرى) .

(١) أما التقنين المدنى الألمانى ، فان المادة ٤١٨ منه تقضى بأن حوالة الدين تنهى الكفالة ورهن الحيازة اللذين كانا يضمنان الدين قبل الحوالة . =

فاذا كان المدين الأصلى قدم عقارا مرهونا رهنا رسميا أو عينا مرهونة رهن حيازة ضمانا لدينه ، ثم تحول الـــدين الى ذمة المحـــال

= واذا وجد رهن رسمى كان ضامنا للدين قبل حوالته فان رضاء الـــدائن بالحوالة يكون بمثابة نزول منه عن هذا الرهن . ولكن هذه الأحكام لاتسرى اذا كان الكفيل الشخصى ، أو من كان مالكا وقت الحوالة للعين المرهونة فى الدين ، قد رضى بالحوالة . واذا كان للدين امتياز التقدم على غيره مـــن الديون عند افلاس المدين ، فان هذا الامتياز لايجوز التمسك به فى مال المحال عليه اذا أفلس — ويقول المعلقون على التقنين المدنى الالمانى فى صدد هذا النص مايأتى : ١ — ان الرهن الذى رتبه المدين على عين مملوكة له ضمانا للدين يبقى ضامنا له بعد الحوالة ، اذا كان الدين هو الذى عقد الحوالة مع المحال عليه واقرها الدائن . أما اذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ولم يشترك فيها المدين ، فرضا الدائن بالحوالة مع عدم اشتراك المدين فيها يعد نزولا منه عن الرهن . ٢ — فى حالة ما اذا رتب المدين رهنا رسميا على عقار مملوك له لضمان الدين ، ثم انتقلت ملكية العقـــار الى أجنبى (حائز للعقار) قبل الحوالة ، فان الرهن لا يكون ضامنا للدين بعد الحوالة ، ولو انعقدت بالاتفاق مع المدين الأصلى ، الا اذا رضى الحائز للعقار أيضا بهذه الحوالة . ذلك أن قبول الدائن للحوالة دون أن يرضى بها الحائز للعقار يعد بمثابة نزول من الدائن عن الرهن . ٣ — لا يضمن الكفيل ، شخصيا كان أو عينيا ، الدين بعد انتقاله بالحوالة الى ذمة المحال عليه ، الا اذا رضى بهذه الحوالة . ٤ — حق الامتياز الذى يكون ضامنا للدائن قبل الحوالة ، ولو كان حق امتياز عام ، لا ينتقل الى مال المحال عليه بعد الحوالة . ذلك أن حـــق الامتياز أسبقية يقررها القانون للدين الممتاز فلا يصـــــح أن يسبق الدائن المحال دائنى المحال عليه فى مال هـــذا الأخير بمقتضى أســـبقية قررها القانون فى مال آخر غير هذا المال . انظر فى كل ذلك التعليقات على التقنين المدنى الالمانى جزء أول م ٤١٨ ص ٦١٧ — ص ٦٢١ .

وأما تقنين الالتزامات السويسرى ، فتقضى المادة ١٧٨ منه ، على العكس من التقنين المدنى الألمانى ، بأن التأمينات التى كانت تضمن الدين قبـــل الحوالة تبقى ضامنة له بعدها ومع ذلك لا يكون الكفيل ، شخصيا كان أو عينيا ، ضامنا للدين بعد حوالته الا اذا رضى بالحوالة .

ونرى من ذلك أن الاحكام التى تضمنها تقنين الالتزامات السويسرى هى التى سار عليها التقنين المدنى المصرى .

ويقول الاستاذان شيرون ومحمد صادق فهمى فى مقالهما فى مجلة مصر المعاصرة : ١ — ان التقنينين الالمانى والسويسرى يتقاربان فى الواقع ، ولو أن كلا منهما أخذ بمبدأ يخالف المبدأ الذى أخذ به الآخر . ذلك أن كلا منهما أدخل من الاستثناءات على المبدأ الذى أخذ به ما جعل التقارب يتحقق بين التقنينين . فالتقنين الالمانى بدأ بتقرير ان التأمينات لا تنتقل ، ولكنه استثنى الرهن الذى رتبه المدين على عين مملوكة له ثم رضى بالحوالة ، واستثنى كذلك الكفيل ، شخصيا كان أو عينيا ، اذا رضى بالحـــوالة . والتقنين =

عليه - سواء كان ذلك باتفاق المدين الأصلي مع المحال عليه واقرار الدائن أو كان باتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه (١) - بقي هذا الدين مضمونا بالرهن الرسمي أو رهن الحيازة كما كان وهو في ذمة المدين الأصلي . ويصبح المدين الأصلي في هذه الحالة بمثابة كفيل عيني ، فان ذمته قد برئت من الدين بالحوالة ولكن ماله بقي مرهونا لضمان الدين . واذا انتقلت ملكية العين المرهونة الى أجنبي ، فانها تبقى مثقلة بالرهن ضمانا للدين وهي في يد هذا الحائز للعقار (٢).

واذا كان الدين المحال به قد صدر به حكم نهائي واستطاع الدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقار للمدين ، ثم تحول الدين الى المحال عليه ، فان حق الاختصاص يبقى ضامنا للدين على النحو الذي قدمناه

= السويسري بدأ بتقرير ان التأمينات تنتقل ، ولكنه استثنى الكفيل ، شخصيا كان أو عينيا ، اذا لم يرض بالحوالة . ٢ - ان حق الامتياز العام الذي كان ضامنا للدين قبل الحوالة ينبغي أن ينتقل الى مال المحال عليه بعد الحوالة ، ذلك ان الامتياز العام ليس الا وصفا للدين ، والحوالة تنقل الدين بالوصف الذي هو عليه . أنظر في كل ذلك مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٦ و ص ٦٤ - ص ٦٥ .

ويتبين مما تقدم أن الاحكام التي أخذ بها كل من تقنين الالتزامات السويسري والتقنين المدني المصري تختلف عن الاحكام التي أخذ بها التقنين المدني الالماني فيما يأتي : ١ - الرهن الذي يرتبه المدين الاصلي على عين مملوكة له ضمانا للدين ، في التقنين الالماني ، لا يبقى بعد الحوالة ضامنا له اذا انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي . أما في التقنينين المصري والسويسري ، فان هذا الرهن يبقى ضامنا للدين . ٢ - اذا انتقل العقار المرهون رهنا رسميا في الدين الى أجنبي (حائز للعقار) ، في التقنين الألماني ، فان الرهن لا يضمن الدين بعد حوالته الا اذا رضي الحائز للعقار بالحوالة . أما في التقنينين المصري والسويسري ، فان هذا الرهن يبقى ضامنا للدين ولو لم يرض الحائز للعقار بالحوالة . ٣ - حق الامتياز العام الذي كان يضمن الدين قبل حوالته لا ينتقل ، بنص صريح في التقنين الألماني ، الى مال المحال عليه بعد الحوالة . ولا يوجد نص في هذه المسألة في أي من التقنينين المصري والسويسري .

(٢) قد رأينا أن التقنين المدني الالماني لا يجعل الرهن في هذه الحالة ضامنا للدين بعد الحوالة اذا انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي .

(١) وقد رأينا أن التقنين المدني الألماني لا يجعل الرهن في هذه الحالة ضامنا للدين الا اذا رضي الحائز للعقار بالحوالة .

فى الرهن ، وتبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين بالحوالة ولكن عقاره المأخوذ عليه حق اختصاص يبقى مثقلا بهذا الحق ضمانا للدين .

واذا كان الدين المحال به مضمونا بحق امتياز ، بأن كان مثلا ثمن مبيع ، وحول المشترى الثمن الذى فى ذمته الى مدين جديد ، فان الدائن يبقى محتفظا بحق امتيازه على العين المبيعة وهى فى يد المشترى ، كما فى الرهن وحق الاختصاص ، ولو أن ذمة المشترى قد برئت من الدين (١) .

كذلك يبقى الدائن محتفظا بحقه فى حبس العين المبيعة اذا لم يكن قد سلمها للمشترى ، الى أن يستوفى الثمن من المحال عليه الذى انتقل الدين الى ذمته . ويلحق هنا الحق فى الحبس بالضمانات العينية ، وان لم يكن هو نفسه ضمانا عينيا فى التقنين المدنى الجديد (٢) . وهذا الحكم قد ورد صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ٣٤٨ من التقنين المدنى العراقى (٣) .

---

(١) أما اذا كان هناك حق امتياز عام ، كامتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال والمبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس والنفقة المستحقة فى ذمة المدين لاقاربه (م ١١٤١ مدنى) ، فقد رأينا أن التقنين المدنى الألمانى (م ٤١٨) ينص صراحة على أنه لا ينتقل الى مال المحال عليه بعد الحوالة ، ورأينا الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مقالهما بمجلة مصر المعاصرة يذهبان الى أن هذا الامتياز ينبغى أن ينتقل الى مال المحال عليه . واذا قسنا حق الامتياز العام على حقوق الأمتياز الخاصة ، ولم نقل ان حق الامتياز العام هو مجرد وصف فى الدين الممتاز ، وجب القول بأن هذا الحق لا ينتقل الى مال المحال عليه ، ولكنه يبقى فى مال المدين الأصلى ، كما كان قبل الحوالة ، ضامنا للدين الذى انتقل الى ذمة المحال عليه .

(٢) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٦٣٩ .

(٣) انظر نص هذه المادة آنفا فقرة ٣٣١ فى الهامش ـ وقد وردفى اخر الفقرة الاولى من هذه المادة العبارة الآتية : « أما اذا أحال المرتهن غريما له على الراهن ، فان حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهنا للمحال له ، وكذا اذا أحال البائع غريما له على المشترى بالثمن يسقط حقه فى حبس العين المبيعة » . وواضح أن الحوالة هنا حوالة دين لاحوالة حق ، ولو كانت حوالة حق لما سقط حق الرهن أو الحق فى حبس العين المبيعة . ففى حالة الدائن المرتهن ، المفروض أو لهذا الدائن غريما أى دائنا ، فأراد أن يوفيه حقه ، فوفاه اياه عن =

٣٣٣ — الضمانات الشخصية أو العينية التى يقدمها كفيل المدين للدائن : وقد يكون الدين المحال به مكفولا بشخص غير المدين الأصلى كفالة شخصية أو كفالة عينية ، بأن يكون للمدين كفيل شخصى ، أو كفيل عينى قدم رهنا لضمان الدين . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ مدنى فى هذه الحالة ، كما رأينا ، على أنه « لا يبقى الكفيل ، عينيا كان أو شخصيا ، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة » .

وهذا الحكم طبيعى ، فان الكفيل ، ولو كان عينيا ، أجنبى عن الحوالة . وهو انما رضى بكفالة المدين الأصلى بالذات ، كفالة شخصية أو كفالة عينية . فاذا تحول الدين الى ذمة شخص آخر غير

= طريق احالته على مدينه الراهن . وهذه حوالة دين ، فان الدائن المرتهن نقل الدين الذى فى ذمته الى ذمة مدينة الراهن فى مقابل الدين الذى له فى ذمة هذا المدين وهو الدين المضمون بالرهن ، فانقضى الدين المضمون بالرهن قصاصا وسقط الرهن تبعا لذلك . وبرئت ذمة الدائن المرتهن من الدين الذى كان فى ذمته لدائنه . وأصبح هذا الدائن الاخير دائنا للمدين الراهن ، ولكن لا بالدين المضمون بالرهن فهذا الدين قد انقضى كما قدمنا ، بل بالدين الذى كان فى ذمة الدائن المرتهن ثم حول الى ذمة المدين الراهن ، ومن ثم لايكون هذا الدين مضمونا بالرهن — وهذا هو الأمر فى حالة البائع الذى أحال غريمه على المشترى بالثمن ، فقد نقل البائع الدين الذى فى ذمته لغريمه الى ذمة المشترى فى مقابل الثمن الذى له ، فسقط الثمن قصاصا وانقضى بسقوطه الحق فى حبس العين المبيعة . وأصبح دائن البائع هو الدائن للمشترى ، ولكن لابدين الثمن الذى كان للبائع فقد سقط هذا الدين كما قدمنا بل بالدين للذى كان فى ذمة البائع لدائنه وقد حوله البائع الى ذمة المشترى .

ويتبين فى وضوح مما تقدم أنه لا شك فى أن الحوالة التى نحن بصددها هى ، كما سبق القول ، حوالة دين لا حوالة حق . وقد ظن الأستاذ حسن الذنون (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٢٣) أنها حوالة حق ، فقال عند الكلام فى الفقرة الاولى من المادة ٣٤٨ عراقى ما يأتى : « على أن هذه الفقرة تقرر فى قسمها الأخير بأنه اذا أحال الدائن المرتهن غريما له على الراهن فان حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهنا للمحال له ، وكذلك اذا احال البائع غريما له على المشترى فقد سقط حقه فى حبس العين المبيعة . وواضح جداً ألا علاقة لهذه الأمثلة بحوالة الدين ، فهى حوالة حق . وهذا مظهر من مظاهر الخلط والارتباك للدين وقع فيهما المشرع العراقى كثيرا عندما حاول التوفيق بين فقه القانون المدنى وفقه الشريعة الاسلامية » (انتهى وتأمل !!) .

المدين الأصلى ، أى الى المحال عليه ، وجب أن يرضى الكفيل بهذه الحوالة أيضا حتى يعتبر كفيلا لشخص غير المدين الأصلى الذى رضى أن يكفله .

ويستوى فى ذلك أن يكون الكفيل متمتعا بحق تجريد المدين الأصلى أو محروما من هذا الحق ، وأن يكون غير متضامن مع المدين الأصلى أو متضامنا معه . ولا يعترض على ذلك بأن الكفيل ، فى حالتى الحرمان من حق التجريد والتضامن ، يمكن الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين الأصلى ، فلم يعد يعنيه شخص هذا المدين مادام الدائن يستطيع أن يتخطاه وأن يرجع على الكفيل أولا . فان هذا الاعتراض يمكن دفعه بأن الكفيل ، حتى اذا جاز الرجوع عليه أولا ، لا يزال معتمدا على شخص المدين الأصلى ، لأنه ان دفع الدين كان له الرجوع به على هذا المدين ، فيبقى شخصه هاما بالنسبة اليه ، ولا يجوز أن يتغير عليه عن طريق الحوالة الا اذا رضى بذلك (١) .

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «لما كانت حوالة الدين تقتصر على ابدال المدين مع بقاء الدين ذاته ، فمن الطبيعى أن يظل ما يتبع هذا الدين من التأمينات ملحقا به ... بيد أن كفيل المدين الأصلى ، شخصيا كان أو عينيا ، قد لا يرتضى كفالة المدين الجديد ، كما لو كان أقل ملاءة . ولهذا عنى المشروع بحمايته ، فاشترط فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥١ (م ٣١٨ مدنى) رضاءه بالحوالة ، والا برئت ذمته من الكفالة . وقد يقال ان تنازل الكفيل عن حق التجريد يفيد أنه ارتضى أن توجه اليه المطالبة قبل توجيهها الى المدين ، وأنه لم يعلق أهمية خاصة على شخص المدين وملاءته ، وبهذا تنتفى ضرورة اشتراط رضائه بالحوالة لبقاء الكفالة. بيد أنه يراعى أن الكفيل معتمدا على ثقته فى وفاء المدين من ماله فحسب ، بل وعلى ثقته فى قيام هذا المدين بالوفاء عند حلول الأجل وانتفاء الحاجة الى الرجوع عليه تفريعا على ذلك . فعلة الكفالة ، والحال هذه ، هى الثقة الشخصية ، وهذه لا تتأثر فى قليل او كثير بالنزول عن حق التجريد . وصفوة القول أن التزام الكفيل لايظل قائما فى جميع الأحوال الا اذا رضى بالحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢ - ص ١٥٣) . ويضاف الى ما جاء فى المذكرة الايضاحية ما قدمناه أن الكفيل يعتمد فى كل حال على ماله من حق الرجوع على المدين الأصلى ، فشخص هذا المدين له أكبر الأثر فى قبوله الكفالة .

ويدعو هذا الى بحث نوع من الكفالة الشخصية هو التضامن . فلو فرضنا أن المدين الأصلى الذى حول دينه الى مدين جديد كان معه مدينون متضامنون فى هذا الدين ، فهل يبقى هؤلاء المدينون متضامنين مع المدين الجديد (المحال عليه) كما كانوا متضامنين مع المدين الأصلى؟ لا شك فى أنهم اذا رضوا بالحوالة أصبحوا متضامنين مع المدين الجديد ، وسرت الحوالة فى حقهم لرضائهم بها . أما اذا لم يرضوا بالحوالة ، فيبدو أنها لا تسرى فى حقهم فيما يضرهم ويستطيعون التمسك بها فيما ينفعهم ، تطبيقا لمبدأ أساسى قررناه فى التضامن . فاذا طالب الدائن أحدهم بالدين ، كان لهذا المدين أن يدخل المحال عليه فى الدعوى للحكم عليه بحصته فى الدين . واذا وفى هذا المدين كله للدائن دون أن يدخل المحال عليه فى الدعوى ، ورأى أن المدين الأصلى أكثر ملاءة من المحال عليه ، كان له أن يرجع عليه هو - لا على المحال عليه - بحصته فى الدين (١) .

المبحث الثالث

انتقال الدين الى المحال عليه بدفوعه

٣٣٤ - **النصوص القانونية** :تنص المادة ٣٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« للمحال عليه ان يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى ان يتمسك بها . كما يجوز له ان يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة (٢) .

---

(١) اما اذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين الى محال له واستبقى المدينين الباقين . فقد قدمنا أنه يصبح هو والمحال له ، بالنسبة الى هؤلاء المدينين ، دائنين بالتضامم ، على غرار المدينين بالتضامم (انظر آنفا فقرة ١٢٧ فى الهامش) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد النص فى المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين=

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق الذى لم ينظم حوالة الدين كما مر •

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤٩ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٨٩ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٨٢ — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ١٠٠٥ (١) •

ونستعرض فى هذا الصدد : ١ — الدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها ٢ — الدفوع المستمدة من عقد الحوالة ٣ — الدفوع المستمدة من العلاقة مابين المدين الاصلى والمحال عليه •

= الاصلى من دفوع متعلقة بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصا بشخص المدين ، وانما يجوز له ان يتمسك بالدفوع الخاصة بشخصه هو . ٢ — وله أيضا ان يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الاصلى اذا كانت تلك الرابطة هى السبب فى حوالة الدين وكان الدائن يعلم ذلك » . وفى لجنة المراجعة ادخلت تعديلات فى الفقرة الاولى تجعل المعنى أدق وحذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٣٣٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٠ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٨ — ص ١٤٩ و ص ١٥٦) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى** : التقنين المدنى السورى م ٣٢٠ (مطابقة للمادة ٣٢٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٠٧ (مطابقة للمادة ٣٢٠ من التقنين المدنى المصرى)

التقنين المدنى العراقى م ٣٤٩ : للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقه بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان من الدفوع خاصا بشخص المحيل ، وانما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصا بشخصه هو . (وهذا النص يطابق المشروع التمهيدى من التقنين المدنى المصرى فى فقرته الاولى ، ويتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى — انظر الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٣٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٨٩ : ان أسباب الدفع ووسائل الدفاع الملازمة للدين تنتقل من المديون الى من التزم الدين . أما الوسائل المختصة بشخص المديون السابق . فلا يحق للمديون الجديد ان يتذرع بها =

٣٣٥ ــ الدفوع التى كان للمدين الاصلى أن يتمسك بها : لما كان الدين الذى ينتقل الى ذمة المحال عليه هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين الأصلى ، وقد أصبح المحال عليه خلفا للمدين الأصلى فى هذا الدين ، فانه يترتب على ذلك أن جميع الدفوع التى كان المدين الأصلى يستطيع أن يدفع بها هذا الدين يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها قبل الدائن •

وهذه الدفوع كثيرة متنوعة ، منها ما يرجع الى بطلان الدين ، ومنها ما يرجع الى فسخه ، ومنها ما يرجع الى انقضائه •

فمن أوجه البطلان أن يكون الدين ناشئا من عقد باطل لسبب يرجع الى التراضى ، أو يرجع لعدم توافر الشروط اللازمة فى المحل ، أو يرجع لعدم مشروعية السبب • أو يكون الدين ناشئا من عقد قابل للابطال بسبب نقص الأهلية أو بسبب الغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال • ولكن يلاحظ أنه اذا كان الدين ناشئا من عقد قابل للابطال بسبب نقص الأهلية ، فمن ناحية قد يكون هذا الدفع شخصيا للمدين الأصلى وليس للمحال عليه أن يتمسك بدفع خاص بشخص المدين الأصلى [1] ، ومن ناحية أخرى أن الحوالة اذا انعقدت باتفاق بين

= بل يحق له أن يدلى بأسباب الدفع ووسائل الدفاع المختصة بشخصه (وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين المصرى ــ انظر الاستاذ صبحى محمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥٧ ــ ص ٥٩) •

التقنين المدنى الكويتى م ٣٨٢ (مطابقة للمادة ٣٢٠ التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الاردنى م ١٠٠٥ : للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بكافة الدفوع المتعلقة بالدين والتى كانت له فى مواجهة المحيل وله ان يتمسك بكافة الدفوع التى للمحيل قبل المحال له • (هذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين المدنى المصرى) •

(١) انظر المشروع التمهيدى لنص المادة ٣٢٠ وانظر تاريخ هذا النص آنفا فقرة ٣٣٤ فى الهامش ــ وهذا ما يقضى به تقنين الالتزامات السويسرى (م ٢/١٧٩) بخلاف التقنين المدنى الالمانى (انظر فى ذلك مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٣ ــ ص ٦٤) •

المـــدين الأصلى والمحال عليه فقد يعتبر انعقادها برضـــاء المـــدين الأصلى اجازه للبطلان المستمد من نقص الأهلية . كذلك اذا كانت أوجه البطلان راجعة الى للغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال ، وعلم المدين الأصلى بسبب البطلان ، وبالرغم من علمه هذا اتفق على الحواله مع المحال عليه ، فان هذا الاتفاق قد يعتبر اجازة ضمنية لسبب البطلان. اما اذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، وكانت هناك أوجه البطلان ترجع الى عيوب فى ارادة المدين الأصلى ، فـانه لا يمكن القول فى هذه الحالة أن الحوالة — ولم يكن المدين الأصـــلى طرفا فيها — تعتبر اجازة ضمنية للبطلان ، بل يجوز للمحال عليه أن يتمسك من هذه الأوجه بما كان يستطيع المدين الأصلى أن يتمسك به. وكذلك لو كان وجه للبطلان نقصا فى أهلية المدين الأصلى ، وتمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى ، فما لم يكن المحال عليه وقت الحوالة عالما بنقص الأهلية حيث يمكن القول انه قـــد نزل بقبوله الحوالة عن التمسك بهذا الدفع ، فانه يبدو أن المحال عليـــه يستطيع أن يتمسك قبل الدائن بنقص أهلية المدين الأصلى ، وان كان هناك رأى يذهب الى أن الدفع بنقص الأهلية خاص بشـــخص المدين الأصلى فلا يجوز للمحال عليه أن يتمسك به فى أية حال .

ومن الدفوع ما يرجع الى فسخ الدين . ويتحقق ذلك مثـــلا اذا كان الدين المحال به ثمنا فى عقد بيع تم بين الدائن والمدين الأصلى ، ثم لم يسلم الدائن المبيع الى المدين الأصلى . فان هذا المدين كان له — لو بقى الثمن فى ذمته ولم يحل به على غيره أن يدفع بالمطالبة بفسخ البيع ، وكذلك يستطيع المحال عليه أن يطالب بفسخ البيع مكانه (١) .

ومن الدفوع أخيرا ما يرجع الى انقضاء الدين . فقد يكون الدين انقضى بالوفاء ، ويتحقق ذلك اذا كانت الحوالة قد تمت باتفـــاق بين

---

(١) ويستطيع المشترى كذلك أن يدفع بوقف تنفيذ العقد ، فيجوز للمحال عليه أن يدفع بذلك هو أيضا ، الا اذا قيل أن الدفع بوقف التنفيذ دفع خاص بشخص المدين.

الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى ويكون هـذا قـد وفى بالدين ، فيجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بانقضاء الدين عن طريق الوفاء . ومثل الوفاء التجديد واستحالة الوفاء والابراء والتقادم. أما المقاصة التى تكون بين الدين المحال به ودين للمدين الأصلى فى ذمة الدائن ، فالظاهر أن المحال عليه فى احدى صورتى الحوالة لا يستطيع أن يتمسك بها قبل الدائن ، ويستطيع التمسك بها فى الصورة الأخرى . ذلك أن المقاصة لا تقع الا اذا تمسك بها المدين الأصلى (م ٣٦٥ مدنى) ، ويجوز له النزول عن التمسك بها . فاذا كان هو الذى عقد الحـوالة مع المحال عليه ، فهذا دليل على أنه لا يريد التمسك بالمقاصة ، فحول الدين الذى فى ذمته الى المحال عليه ليطالب بالدين الذى له فى ذمة الدائن . فلا يجوز فى هذه الصورة أن يتمسك المحال عليه بالمقاصة بعد أن نزل عنها المدين الأصلى . أما اذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه قبل أن يتمسك المدين الأصلى بالمقاصة ، فيبـدو لنا أن المحال عليه يستطيع فى هذه الصورة أن يتمسك بالمقاصة كما يسـتطيع المدين الأصلى أن يتمسك بها ، اذ أن كلا منهما له مصلحة فى ذلك [1] .

---

(١) أما التقنين المدنى الألمانى ، فيقضى بنص صريح (م ٤١٧) ، بأن المحال عليه لايستطيع ان يتمسك بالمقاصة التى كان المدين الأصلى يستطيع أن يتمسك بها ، وذلك لان المقاصة ، فى هذا التقنين لا تقع الا باعلان عـن الارادة كما سيأتى (انظر التعليقات على التقنين المدنى الالمانى جـزء أول م ٤١٦ ص ٦١٥) — وهـذا هو الحكم أيضا فى القانون السـويسرى دون أن يرد نص صريح بذلك فى تقنين الالتزامات السويسرى كما ورد فى التقنين المدنى الالمانى (انظر فى هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٣) .

وقد رأينا ، فى حوالة الحق ، أن الفقرة الثانية من المادة ٣٦٨ مدنى تقضى بأنه « اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن اعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من ان يتمسك بالمقاصة » . ويظهر الفرق واضحا فى هذه المسألة بين حوالة الحق وحوالة الدين فيما لو كانت حوالة الدين قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، فان المدين فى حوالة الدين رضى بالحوالة فنزل عن المقاصة كما قدمنا ، أما المدين فى حوالة الحق فلم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا يمكن القول هنا بأنه نزل عن المقاصة كما أمكن القول بذلك فى حواله الدين . بقيت الحالة التى تنعقد فيها حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل من المدين الاصلى فان المدين الاصلى فى هذه=

وهذا ما لم يكن المحال عليه يعلم بسبب المقاصة وقت أن قبل الحوالة ؛ فقد يستخلص من هذا العلم أنه نزل بذلك عن التمسك بالمقاصة • ولكن هذا لا يمنع المدين الأصلي من التمسك بها ، فاذا ما فعل أمكن المحال عليه بعد ذلك أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة •

هذا وقد كان المشروع التمهيدي (م ٤٥٣/١ من هذا المشروع) ينص على أن « للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفوع متعلقة بذات الدين ؛ وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصا بشخص المدين ؛ وانما يجوز له أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخصه هو » (١) • وبالرغم من تعديل هذا النص ، فان الأحكام التي وردت فيه صحيحة • وقد رأينا أنه لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك الدفوع الخاصة بشخص المدين الأصلي، كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق في الحبس (٢) • وكالدفع بنقص الاهلية وبوقف تنفيذ العقد في رأى ؛ أما الدفوع الخاصة بشخص المحال عليه ، فيستطيع هذا بداهة أن

ــــــــــ

= لحالة لم يقبل الحوالة حتى يفترض أنه نزل بهذا القبول عن المقاصة . وقد قدمنا أن المحال عليه يستطيع في هذه الحالة أن يتمسك بالمقاصة لان له مصلحة في ذلك • وكذلك المدين الأصلي يبقى محتفظا بحقه في التمسك بالمقاصة • فاذا تمسك بها سقط الدين الذي كان في ذمته للدائن قصاصا في الدين الذي كان في ذمة الدائن له ، وذلك بأثر رجعي من وقت تلاقي الدينين أي في وقت سابق على الحوالة • فيستطيع المحال عليه من هذا الطريق أيضا أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة اذا طالبه به الدائن ، ويمتنع عليه الرجوع بشيء على المدين الاصلي لأنه لم يدفع شيئا لحسابه ، وهذه هي المصلحة التي تدفع المدين الاصلي الى التمسك بالمقاصة • ونحن في هذا الرأي الذي نقول به انما نقيس المدين الذي يتمسك بالمقاصة • بعد حوالة دينه على المدين الذي يتمسك بالمقاصة بعد تقادم حقه (انظر م ٣٦٦ مدني) ؛ فكلاهما يتمسك بالمقاصة في دين أو حق قد سقط عنه ــ الدين بالحوالة والحق بالتقادم ــ مادام التلاقي بالحق أو الدين المقابل قد تم في وقت سابق على هذا السقوط .

(١) أنظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدني آنفا فقرة ٢٣٤ في الهامش •

(٢) وقد ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وعلى نقيض ذلك لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخص الاصيل كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق في الحبس • وقد يقصد ايثار الاصيل شخصيا بالابراء من الدين او بامتداد الاجل وعندئذ يمتنع التمسك بهما على المحال عليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤) •

يتمسك بها ، ومن ثم يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بمقاصة وقعت بين الدين المحال به ودين له فى ذمة الدائن ، كما يستطيع أن يتمسك باتحاد الذمة بينه وبين الدائن (١) .

٣٣٦ — الدفوع المستمدة من عقد الحوالة : كذلك للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بجميع الدفوع المستمدة من عقد الحوالة . ذلك أن الحوالة ، كما رأينا اما أن تتم باتفاق من المدين الأصلى والمحال عليه ؛ واما أن تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

فان تمت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، ثم أقرها الدائن ، فان حق الدائن فى مطالبة المحال عليه بالدين مستمد من هذا الاتفاق الذى أقره . فان كان للمحال عليه دفع مستمد من هذا الاتفاق ، فمن حقه أن يتمسك به قبل الدائن . مثل ذلك أن يدفع المحال عليه ببطلان الحوالة لانعدام التراضى ، أو لعدم مشروعية المحل بأن كان الدين المحال به دين قمار مثلا ، أو لعدم مشروعية السبب بأن قبل الحوالة مثلا لاستدامة علاقة جنسية غير مشروعة . ومثل ذلك أيضا أن يطالب المحال عليه بابطال الحوالة لنقص فى أهليته أو لعيب وقع فى ارادته ، أو أن يطالب بانعدام الحوالة اذا كانت معلقة على شرط فاسخ تحقق أو شرط واقف لم يتحقق .

وان تمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فمن باب أولى يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن — الذى كان طرفا فى العقد — بجميع العيوب التى تلحق هذا الاتفاق ، من تراض معدوم ، أو محل

---

(١) وقد يقال انه مادامت الحوالة لا تنعقد فى كل من صورتيها الا برضاء المحال عليه ، وما دام المحال عليه قد رضى بأن يتحول الدين الى ذمته ، فانه يكون قد أقر بوجود الدين ، فينبغى أن يرتبط بهذا الاقرار ، ومن ثم لا يجوز له التمسك بأى دفع ولو كان متعلقا بذات الدين غير خاص بشخص المدين . وهذا اعتراض يمكن دفعه بأن رضاء المحال عليه بالحوالة انما ينصرف الى قبوله تحمل الدين فى حدود التزام المدين الاصلى به ، فاذا قبل ان يلتزم الى مدى أبعد من هذه الحدود ، وجب أن يكون ذلك باتفاق خاص (انظر فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ — التعليقات على التقنين المدنى الالمانى جزء أول ٤١٧ ص ٦١٤) =

غير مشروع ، أو سبب غير مشروع ، أو نقص فى الأهلية ، أو عيب فى الارادة ، أو تحقق شرط فاسخ ، أو عدم تحقق شرط واقف •

٣٣٧ — الدفوع المستمدة من العلاقة ما بين المدين الأصلى والمحال عليه : يحدث كثيرا أن يكون سبب الحوالة موجودا فى العلاقة التى تقوم ما بين المدين الأصلى والمحال عليه • مثل ذلك أن يبيع شخص عقارا مرهونا رهنا رسميا الى آخر ، وفى عقد البيع ذاته يحول الى المشترى الدين المضمون بالرهن حتى ينتقل اليه مع العقار المرهون (٣٢٢ مدنى) • ومثل ذلك أيضا أن يبيع صاحب المتجر متجره ، ويحول الى المشترى فى عقد البيع ذاته الديون التى على المتجر • فالمحال عليه فى هذين المثلين هو المشترى : مشترى العقار المرهون أو مشترى المتجر • وعلاقته بالمدين الأصلى — وهو البائع — يحددها عقد البيع : بيع العقار أو بيع المتجر • وفى هذه العلاقة بالذات يقوم سبب الحوالة ، فلولا البيع لما كانت الحوالة • فاذا فرضنا أن البيع قد فسخ لسبب يقتضى الفسخ ، بأن أخل البائع بأحد التزاماته مثلا ، فهل يستطيع المشترى المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بفسخ البيع ، فيمتنع عن دفع الدين المحال به الذى ما كان ليقبل نقله الى ذمته لولا أنه اشترى العقار المرهون أو المتجر ؟ •

تجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى — وهى أصل المادة ٣٢٠ مدنى — على هذا السؤال بما يأتى : « وله (أى للمحال عليه) أيضا أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلى ، اذا كانت تلك الرابطة هى السبب فى حوالة الدين وكان الدائن يعلم ذلك » [1] • ويستخلص من مفهوم هذا النص أن الدائن اذا كان يعلم وقت الحوالة أن المحال عليه ما كان ليقبل الحوالة لولا أنه اشترى العقار المرهون أو اشترى المتجر ، فانه يكون من حق المحال عليه عندئذ أن يتمسك قبله بفسخ

---

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آنفا فقرة ٣٣٤ فى الهامش •

البيع ، فيمتنع عن الوفاء له بالدين المحال به • وبمقتضى مفهوم العكس، اذا لم يكن الدائن قد علم وقت الحوالة بهذا السبب ، لم يجز للمحـال عليه أن يتمسك قبله بفسخ البيع ، بل يبقى ملتزما أن يفى بالدين المحال به بالرغم من هذا الفسـخ ، وله الرجوع على المدين الأصلى بما يدفع للدائن (١) •

وهذا هو الحكم الذى نرى الأخذ به فى هذه المسألة الدقيقة • واذا كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى ، وهى النص الذى نستمد منه هذا الحكم ، قد حذفت فى لجنة المراجعـة ، فهـى لم

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة ٣٥٤ لحكم حوالة الدين من حيث امكان اعتبارها تصرفا قانونيا مجردا ينعزل عن سببه ، كما هو الشأن فى حوالة الحق • ويراعى أن وجه الحكم بين لا سبيل الى الشك فيه متى انعقدت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرة بمعزل عن الأصيل • فالواقع أن الحوالة تكون فى هذه الحال مستقلة كل الاستقلال عن رابطـة المدين الاصلى بالدين الجديد ، ولا يكون للمحال عليه أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلى • ولكن وجه الحكم يختلف عن ذلك متى كانت هذه الرابطة قد قامت مقـام السبب من الحوالة ، كما هو الشأن فى بيع محل تجارى أو بيع عقار مـع حوالة الديون المضمونة برهون عقارية على المشترى ، فان الحوالة تعتبر شقا من البيع • وغنى عن البيان أن هذه الحالة تختلف كل الاختلاف عـن حالة انعقاد الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة ، اذ أن هذا التعاقـد مستقل من كل وجه من علاقة المحال عليه بالمدين الاصيل ، أما الحالة الثانية فيعرض فيها وضع مركب ، فعلاقات المدينين هى التى تعتبر قانونيا لالتزام المحال عليه قبل الدائن . ولو قيل بغير ذلك لندر أن يتصدى شخص لتحمل دين عن شخص آخر فى مثل هذه الحالة . وللمحال عليه وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ ، أن يحتج على الدائن بالدفع بعدم الوفاء استنادا الى تخلف الأصيل عن الوفاء بالتزامه فى بيع عقد بينهما ، وله كذلك أن يحتج عليه بالتقايل فى هذا البيع • على أنه يشترط للتمسك بمثل هذه الدفوع أن يكون الدائن — والمفروض أنه يظل بمعزل عن الحوالة — قد علم بشروطها • وليس ينبغى أن يغيب عن البال أن هذه القاعدة مفسرة أو متممة فللمتعاقدين ملء الخيار فى الخروج عليها • • ويراعى من ناحية أخرى أنه اذا خصص دين كان المحال عليه ملزما به قبل المدين الأصيل ، وكان هذا الدين باطلا، فلا يكون المحال عليه ملزما قبل الدائن بأكثر من التزامه قبل المدين الاصيل ، ويكون له أن يتمسك قبل الدائن ببطلان دينه قبل المدين الأصيل (مجموعة الأعمـال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ — ص ١٥٥) •

تحذف لان الحكم المستمد منها غير صحيح ، بل لعدم ضرورتها (١) ، اذ يغنى عنها تطبيق القواعد العامة . واذا رجعنا الى القواعد العامة فى نظرية السبب ، رأينا أن سبب الحوالة فيما قدمناه من الامثلة ، أى الباعث الذى دفع المحال عليه الى قبول الحوالة ، هو شراؤه للعقار المرهون أو للمتجر ، وهو سبب فرضنا أن الدائن يعلم به . فاذا فسخ بيع العقار أو المتجر ، انعدم السبب ، وبطلت الحوالة . ولا يمكن أن نجرد التزام المحال عليه من سببه ، فيكون التزاما مجردا (obligation abstraite) ، الا بنص صريح . وهذا النص قد وجد فى كل من التقنين المدنى الالمانى (م ٤١٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٩) ، فكان التزام المحال عليه فى هذين التقنينين التزاما مجردا ، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الاصلى والتى كانت سببا لالتزامه (٢) . أما فى التقنين المدنى المصرى ، فلا يوجد نص بهذا المعنى بل كان قد وجد نص بعكسه ، ولم يحذف هذا النص الا لعدم الحاجة اليه ، واكتفاء بتطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن تطبيق هذه القواعد فى نظرية السبب يؤدى الى الحكم الذى نقول به (٣) .

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٦ — وانظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آنفا فقرة ٣٢٤ فى الهامش .

(٢) فاذا اشترى شخص دارا ، وتحمل فى عقد البيع بدين على البائع كان هذا قد اقترضه من آخر ، فان المشترى المحال عليه يستطيع فى التقنين المدنى الالمانى ، أن يحتج على الدائن المقرض بالدفوع المستمدة من عقد القرض وهو مصدر الدين المحال به ، ولكنه لا يستطيع ان يحتج على هذا الدائن بالدفوع المستمدة من الرابطة التى قامت بينه وبين المدين الأصلى ، وهى رابطة البيع ، فلا يجوز مثلا أن يحتج على الدائن المقرض بعيب خفى فى الدار المبيعة (مقال الاستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٥ — وانظرفيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسرى مثل ذلك ايضا فى نفس المقال ص ٦٤) .

وانظر فى التقنين المدنى الألمانى التعليقات على هذا التقنين جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٥ — ص ٦١٦ .

(٣) وهذا بخلاف الانابة فى الوفاء (délégation) فسنرى أن المناب لا يحتج على المناب لديه بالدفوع التى يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، فالانابة تصرف مجرد فى هذه الناحية ، وذلك بموجب نص صريح ورد فى القانون هو المادة ٣٦١ مدنى (انظر فقرة ٥٢٤ فيما يلى) . وقد فرضنا فى =

الفـــــرع الثـــانى

علاقة الدائن بالمدين الاصلى

٣٣٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يضمن المدين الاصلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة ، مالم يتفق على غير ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، اذ لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين كما قدمنا .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٦ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٥٧ — ٣٥٨ — ولا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٨٧ — وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ١٠١١ و ١٠١٤ (٢) .

= الامثلة التى قدمناها ان حوالة الدين انعقدت باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه ثم اقرها الدائن ، فأمكنه بذلك ان يتصل بالسبب الذى التزم من اجله المحال عليه بتحمل الدين ، وان يعلم به . اما اذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الاصلى ، فلا مناص من القول بان العلاقة التى تربط المدين الاصلى بالمحال عليه لاشأن لها بهذا الاتفاق ، بل هى اجنبية عنه ، فلا يجوز اذن للمحال عليه أن يحتج على الدائن بدفوع يستمدها من هذه العلاقة . وهذا هو الحكم ايضا فى حوالة الحق ، فان المحال عليه لا يحتج على المحال له بدفوع مستمدة من العلاقة التى تقوم بين المحال له والمحيل : انظر آنفا فقرة ٢٩٥ . وانظر فى كل ذلك ما سبق أن أوردناه من المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ — ص ١٥٥ — وانظر آنفا فقرة ٣٣٧ فى الهامش .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٧ — ص ١٤٨) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى** :

التقنين المدنى السورى : م ٣١٩ (مطابقة للمادة ٣١٩ من التقنين المدنى المصرى)

=

ويمكن تلخيص العلاقة ما بين الدائن والمدين الاصلى فى مسألتين : ١ ــ براءة ذمة المدين الاصلى نحو الدائن • ٢ ــ وضمان المدين الاصلى للدائن بيسار المحال عليه وقت اقرار الدائن للحوالة فى الصورة التى بهــا الحوالة باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه •

= التقنين المدنى الليبى : م ٣٠٦ (مطابقة للمادة ٣١٩ من التقنين المــدنى المصرى) •

التقنين المدنى العراقى : م ٣٥٧ : ١ ــ لا يرجع المحــــال له بدينه على المحيل ، الا اذا اشترط فى الحوالة خيار الرجوع أو بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين او اســــــــتحقاقها وفقا للاحكام • ٢ ــ أما مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليسه ولو بأمر المحكمة ، فلا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل .

م ٣٥٨ : الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة عارية من حق التجريد ، وللمحال له فى هذه الحالة أن يطالب أيا شاء من المحال والمحال عليه •

ويلاحظ أن حوالة الدين فى التقنين المدنى العراقى تسير فى نصوصها على غرار الفقه الحنفى • ولما كانت حوالة الدين فى هذا الفقه أقرب الى أن تكون كفالة كما قدمنا ، اذ يجوز للدائن اذا وجد المحال عليه معسرا أن يرجع بالدين نفسه على المدين الأصلى ، فكأن هذا الدين لم ينتقل من ذمة المدين الأصلى الى ذمة المحال عليه وانما انتقل حق المطالبة ، فقد أراد التقنين المدنى العراقى فى هذا الموضع أن ينحرف عن الفقه الحنفى ، ليماشى الفقه الغربى ويميز بين الحوالة والكفالة . فنص على أن مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليسه ولو بأمر المحكمة لا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل • ولكنه أجاز للدائن أن يشترط فى الحوالة خيار الرجوع على المدين الأصلى ، والرجوع هنا يكون لا بالدين نفسه كما يوهم النص ، بــل بالضمان ، وهذا يضاهى فى التقنين المدنى المصرى ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه . كذلك اجاز رجوع الدائن بالضمان على المدين الاصلى ، اذا كان هذا قد قيد الحوالة بحق له فى ذمة المحال عليه أو بعين فسقط هذا الحق أو هلكت العين أو استحقت ، فان المفروض فى هذه الحالة أن الدائن عندما اجاز هذه الحوالة المقيدة قد احتفظ لنفسه بحق الرجوع بالضمان على المدين الاصلى . اما اذا اصر الدائن على استيفاء الدين فى ذمة المدين الاصـــــلى واشترط عدم براءته من هذا الدين ــ وهذا غير اشتراطه الرجوع بالضمان الذى رأيناه فى الفرض المتقدم فانه هنا يشترط الرجوع بنفس الدين ــ فان الحوالة تكون فى هذه الحالة كفالة يستطيع الدائن فيها أن يطالب أيا شاء المدين الاصلى أو الكفيل (المحال عليه) ، فهى كفالة عارية من حق التجريد ، وهذا ما حرص التقنين المدنى العراقى على أن يذكره صراحة فى المادة ٣٥٨ (أنظر الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٣٨ ــ ٣٣٩) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا يوجد نص فى هذا التقنين يقابل =

٣٣٩ - براءة ذمة المدين الاصلى نحو الدائن : اذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المحال عليه والدائن مباشرة دون تدخل المدين الاصلى ، فان ذمة هذا المدين تبرأ من الدين بمجرد انعقاد الحوالة كما قدمنا دون حاجة الى رضائه بذلك . فان الاجنبى يستطيع وفاء الدين عن المدين دون علمه ودون قبوله ، فيستطيع كذلك أن يلتزم عنه بالدين ، ومن ثم تبرأ ذمة المدين ، وقد تقدم بيان ذلك .

أما اذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه ، فلا تبرأ ذمة المدين الاصلى نحو الدائن الا اذا أقر الدائن الحوالة ، فان الحوالة لا تسرى فى حقه الا باقراره ، فاذا لم يقرها بقى المدين الاصلى بالنسبة اليه ، دون المحال عليه ، هو المدين . أما بعد الاقرار فتبرأ ذمة

= النص الذى نحن بصدده . ويبدو ان المدين الاصلى ، فى التقنين اللبنانى ، لا يضمن يسار المحال عليه الا باتفاق خاص . واذا كان فى الحوالة تدليس أو غلط ، فان الحوالة تكون فى هذه الحالة قابلة للابطال لمصلحة الدائن (انظر الأستاذ صبحى محمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥٧) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٨٧ : لا يجوز للمحال له ان يرجع على المحيل الا اذا شرط فى الحوالة الرجوع أن تعذر استيفاء الدين من المحال عليه او اذا فسخت الحوالة المقيدة أو بطلت بانقضاء الدين او هلاك العين أو استحقاقها وفقا لاحكام المواد ٣٨٣ و ٣٨٤ و ٣٨٥ و ٣٨٦ . (انتهج التقنين الكويتى المنهج الذى اتبعه التقنين العراقى فى الانحراف بحولة الدين عن الفقه الحنفى الذى يعتبر تلك الحوالة اقرب الى ان تكون كفالة ، وذلك ليماشى الفقه الغربى ولهذا نص التقنين الكويتى على أنه لا يجوز للمحال له الرجوع على المحيل الا اذا شرط الرجوع فى الحوالة او اذا فسخت الحوالة المقيدة بطلت) .

التقنين المدنى الاردنى م ١٠١١ : اذا ضمن المحيل للمحال يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى يساره وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك .

م ١٠١٤ : للمحال له ان يرجع على المحيل فى الاحوال التالية : ١ - اذا فسخت الحوالة باتفاق اطرافها . ٢ - اذا جحد المحال عليه الحوالة ولم تكن ثمة بينه بها وحلف على نفيها . ٣ - اذا مات المحال عليه مفلسا قبل اداء الدين . ٤ - اذا حكمت المحكمة بافلاسه قبل الاداء . ٥ - اذا بطلت الحولة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين أو استحقاقها وكانت غير مضمونة .

مفاد هذا النص ان المحيل لا يضمن يسار المحال عليه الا باتفاق خاص يضمن فيه المحيل للمحال له هذا اليسار كما اجاز النص للمحيل الرجوع =

المدين الاصلى من الدين نحو الدائن ، ويصبح المحال عليه هو المدين (١).

ويترتب على ذلك أنه من وقت صيرورة الحوالة نافذة فى حق الدائن — سواء بعقدها معه مباشرة أو باقراره لها — تبرأ ذمة المدين الاصلى ، فلا يستطيع الدائن أن يطالبه بالدين المحال به ، ولا يطالب بهذا الدين الا المحال عليه الذى انتقل الدين الى ذمته .

٣٤٠ — ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه : هنا يجب التمييز بين صورتى الحوالة .

فان انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الاصلى ، فان المدين الاصلى لا يضمن للدائن شيئا ، اذ هو لم يتدخل فى الحوالة . بل انعقدت دون رضائه ، الذى عقدها هو الدائن ، وعقدها مباشرة مع المحال عليه ، فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يتحمل اعسار المحال عليه مادام هو الذى اختار الاتفاق معه (٢) . وانما تبرأ ذمة المدين الاصلى من الدين ، كما تقدم القول ، بالرغم من عدم ضمانه ليسار المحال عليه .

أما اذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه وأقرها الدائن ، ففى هذه الصورة يكون المدين الاصلى هو الذى عقد الحوالة ، وهو الذى اختار المدين الجديد ، ودعا الدائن الى اقرار الحوالة . فافترض القانون أن المدين الاصلى قد أخذ على نفسه فى هذه الحالة أن يضمن للدائن يسار المحال عليه وقت اقرار الدائن للحوالة ، كما

= على المحيل اذا فسخت الحوالة أو ابطلت الحوالة المقيدة او حالة وفاة أو افلاس المحال عليه قبل اداء الدين) .

(١) وقد سبق القول أن الفقرة الاولى من المادة ٤٥٠ من المشروع التمهيدى كانت تنص على انه « اذا أقر الدائن الحوالة برئت ذمة المدين الاصلى وحل محله المحال عليه » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لانه مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٤ فى الهامش — وانظر آنفا فقرة ٣٢٩ فى الهامش) .

(٢) على أنه لا يوجد ما يمنع ، بالرغم من أن الحوالة تكون قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى ، من أن يتفق الدائن مع المدين الأصلى اتفاقا مستقلا عن عقد الحوالة ، يلتزم به المدين الأصلى بضمان يسار المحال عليه .

تقرر صراحة المادة ٣١٩ مدنى التى تقدم ذكرها .

ولاشك فى أن هذا النص يقتصر على تفسير نية المتعاقدين ، فيجوز الاتفاق على غير هذا الحكم ، كما ورد ذلك فى النص ذاته . ومن ثم يجوز للمدين الاصلى أن يخلى نفسه من هذا الضمان فى هذا الاتفاق الذى يتم بينه وبين المحال عليه ويدعو الدائن الى اقراره ، أو فى اتفاق خاص بعد ذلك ولكن قبل اقرار الدائن للحوالة ، . فاذا اشترط المدين الاصلى عدم ضمانه ليسار المحال عليه ، ورضى الدائن بهذا الشرط ، فلا ضمان على المدين الاصلى .

كذلك يجوز — على النقيض مما تقدم — أن يشدد المدين الاصلى على نفسه الضمان ، فيضمن يسار المحال عليه ، لا وقت اقرار الدائن للحوالة فحسب ، بل وقت حلول الدين المحال به . فيكون فى هذه الحالة بالنسبة الى المحال عليه فى موقف يشبه موقف الكفيل .

لكن اذا لم يذكر المدين الاصلى فى الحوالة شيئا عن الضـــمان ، فالمفروض أنه يضمن دون شرط يسار المحال عليه وقت اقرار الدائن للحوالة كما تقدم القول . فاذا كان الدين المحال به وقت اقرار الدائن للحوالة حالا ، فعلى الدائن أن يبادر الى استيفائه . فان وجد المحال عليه معسرا ، رجع بالضمان على المدين الاصلى . وهو فى رجوعه على المدين الاصلى لا يرجع بالدين المحال به نفسه (١) ، فان هذا الدين قد انتقل نهائيا بالحوالة الى ذمة المحال عليه ، وانما يرجع بدين جديد نشأ من عقد الحوالة ، وهو عقد يرتب فى ذمة المدين الاصلى التزاما بضمان يسار المحال عليه . ولايرجع الدائن على المدين الأصلى بالضمان الا بعد ان يرجع أولا على المحال عليه فيجده معسرا ، فان رجع مباشرة عـــلى المدين الاصلى ، كان لهذا أن يطلب منه البدء بتجريد المحال عليه . ولا يكلف بأن يدل الدائن على مال للمحال عليه يستوفى منه الدائن حقه ، كما يكلف الكفيل بذلك ، فان المدين الاصلى لا يكون مســئولا الا اذا

---

(١) اما فى المذهب الحنفى ، فقد قدمنا أن الدائن يرجع بالدين نفسه على المدين الاصلى .

أثبت الدائن أنه رجع على المحال عليه أولا فوجده معسرا .

أما اذا تراخى الدائن فى مطالبة المحال عليه حتى أعسر ، ذلك بالرغم من حلول الدين ، فان المدين الاصلى لا يكون مسئولا مادام المحال عليه كان موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة . والدائن هو المقصر ، فقد كان الدين حالا وقت اقراره للحوالة وكان المحال عليه موسرا ، فبتراخيه واهماله ترك المحال عليه حتى أعسر ، فيرجع باللائمة على نفسه ، ولا يرجع على المدين الاصلى بشىء .

بقيت حالة ما اذا كان الدين المحال به لم يحل وقت اقرار الدائن للحوالة ، وكان المحال عليه فى هذا الوقت موسرا ثم أعسر عند حلول الدين . فى هذه الحالة أيضا لا يكون المدين الاصلى مسئولا ، فان الضمان بحكم القانون يقتصر كما قدمنا على ضمان اليسار وقت اقرار الدائن للحوالة ، وقد كان المحال عليه موسرا فعلا فى هذا الوقت ، فتبرأ ذمة المدين الاصلى من التزامه بالضمان حتى لو أعسر المحال عليه بعد ذلك عند حلول الدين . واذا أراد الدائن أن يجعل المدين الاصلى ضامنا ليسار المحال عليه وقت حلول الدين ، فعليه أن يشترط ذلك صراحة قبل اقراره للحوالة .

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى « تقضى الفقرة الاولى من المادة ٤٥٠ بأن اقرار الدائن للحوالة يستتبع براءة ذمة المدين الاصلى واحلال المحال عليه محله . بيد أن حكم هذه البراءة لا يجرى على اطلاقه ، فاذا أقيم الدليل على أن المحال عليه كان معسرا عند انعقاد الحوالة (الصحيح عند اقرار الدائن للحوالة) ، وأن الدائن كان يجهل هذا الاعسار ، فلا تبرأ ذمة المدين الاصلى فى هذه الحالة . وتسرى هذه القاعدة من باب أولى متى كان للجهل راجعا الى تدليس أو الى عيب من عيوب الرضاء » (١) . ويؤخذ على ما جاء فى هذه المذكرة ما يأتى : ١ — أنها ، على ما يبدو ، تجعل ذمة المدين الاصلى فى

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٥ .

حالة الضمان مشغولة بالدين المحال به ذاته . والصحيح أن الدين المحال به قد انتقل الى ذمة المحال عليه ، أما المدين الأصلى فمسئوليته قائمة على التزامه بالضمان . وهو التزام مستقل عن الدين المحال به ، ولكل منهما مصدر يختلف عن مصدر الاخر ، فمصدر الالتزام بالضمان عقد الحوالة ، أما الدين المحال به فمصدره سبب آخر ، قد يكون عقداً وقد يكون غير عقد ، وفى جميع الأحوال ليس هو عقد الحوالة . ٢ — يبدو أن المذكرة الايضاحية تشترط ، فى ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه ، أن يكون الدائن جاهلا أن المحال عليه معسر . والصحيح أن علم الدائن بهذا الاعسار أو جهله اياه لا شأن له بضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه وقت اقرار الحوالة ، فهذا الضمان مقرر بصريح النص . أما علم الدائن باعسار المحال عليه ، فغايته أنه قد يؤخذ قرينة ان الدائن قد نزل عن هذا الضمان ، والنزول عن الضمان لا يستخلص الا اذا كانت نية الدائن واضحة فى ذلك (١) ٣ — فى حالة ما اذا كان جهل الدائن لاعسار المحال عليه راجعا الى تدليس أو الى عيب آخر من عيوب الرضاء ، يكون المدين الاصلى ضامنا ليسار المحال عليه ، ولكن لا يرجع هذا الضمان الى ما شاب الرضاء من عيب ، وانما يرجع الى حكم القانون نفسه ، فقد أوجب على المدين الاصلى بمقتضى عقد الحوالة ضمان يسار المحال عليه . فاذا كان الدائن قد أوقع فى تدليس جعله يظن أن المحال عليه موسر بينما هو معسر ، فانه يستطيع فى هذه الحالة أن يرجع بتعويض للتدليس فوق رجوعه بالضمان (٢) .

---

(١) قارن الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٨١ — ص ٢٨٢ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٨ .

(٢) ولا يوجب التقنين المدنى الالمانى ، ولا تقنين الالتزامات السويسرى، ضمانا ليسار المحال عليه فى جانب المدين الاصلى (انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٤ ص ٨٨ — ومقال الاستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٥) .

الفـــرع الثالث

علاقة المدين الاصلى بالمحال عليه

٣٤١ ــ التمييز بين حالتين : نميز هنا بين حالتين :

(الحالة الاولى) حالة الحوالة غير النافذة فى حق للدائن ، بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه ، ولم يصدر اقرار لها من الدائن ، أو صدر رفض منه لها •

(الحالة الثانية) حالة الحوالة النافذة فى حق الدائن ، ويتحقق ذلك اما بأن تنفذ الحوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه ويقرها الدائن ،واما بأن تنعقد رأسا بين الدائن والمحال عليه فان الحوالة تنعقد فى هذه الحالة نافذة فورا فى حق الدائن •

المبحث الاول

الحوالة لم تنفذ فى حق الدائن

٣٤٢ ــ النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ــ مادام الدائن لم يحدد مواقفه من الحوالة اقرارا أو رفضا ، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الاصلى بالوفاء للـــــدائن فى الوقت المناسب ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك • ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة » •

« ٢ ــ على أنه لا يجوز للمدين الاصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، مادام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » (١) •

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجـــــديد • وفى =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، لان هذا التقنين كما قدمنا لم ينظم حوالة الدين •

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٧ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٤ — ولا مقابل له لا فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ولا فى التقنين المدنى الكويتى ولا فى التقنين المدنى الاردنى (١) •

ويتبين من النص المتقدم الذكر :

١ ـ ان الاتفاق ما بين المحال عليه والمدين الاصلى على حوالة الدين يلزم الاول نحو الثانى أن يفى بالدين المحـــال به للدائن فى الوقت

= لجنة المراجعة سئل عن تحديد معنى عبارة « فى الوقت المناسب » فأجيب بأن المفروض على المحال عليه أن يدرا عن المدين الاصلى كل مطالبة ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٣٢٩ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٧ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ — ص ١٤٥) •

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢١٧ (مطابقة للمادة ٢١٧ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الليبى م ٣٠٤ (مطابقة للمادة ٢١٧ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى العراقى : لم يرد نص مقابل ، ولكن الحكم الــذى يستخلص من نص التقنين المدنى المصرى متفق مع القواعد العامة ، فلا مانع من تطبيقه فى العراق • أما ما ورد فى التقنين المدنى العراقى من نصوص فى علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه ، فكلها تفترض أن الحوالة نافذة فى حق الدائن ، وستذكرها فى موضعها •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لم يرد نص مقابل • على أنه قد ورد فى صدر الفقرة الثالثة من المادة ٢٨٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى العبارة الآتية « واذا لم يجز الدائن الانتقال بطل » • ويفهم من هذا النص ان التقنين اللبنانى ، خلافا للتقنين المصرى ، يفرض أن نية المدين الأصلى والمحال عليه ، فى اتفاقهما على الحوالة ، قد انصرفت الى عدم ترتيب أى أثر على هذا الاتفاق اذا لم يقره الدائن .

التقنين المدنى الكويتى : لم يرد به نص مقابل •

التقنين المدنى الاردنى : لم يرد به نص مقابل •

(ولكن الحكم الذى أورده نص التقنين المدنى المصرى يتفق مع القواعد العامة فلا مانع من تطبيقه فى الكويت والاردن) •

المناسب ، سواء أقر الدائن الحوالة أو رفضها ، وذلك ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره (١) .

٢ – ولكن هناك فرقا بين هذا الاتفاق وبين الاشتراط لمصلحة الغير ، فان المدين الاصلى لم يشترط لمصلحة الدائن أن يفى له المحال عليه بالدين ، بل ذهب الى مدى أبعد من ذلك واشترط تخليص ذمته هو من الدين ، بأن اتفق مع المحال عليه على نقل الدين الى ذمته وذلك فيما بينهما .

٣ – وهذا الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه على الحوالة هو كل لا يقبل التجزئة ، فاذا كان المدين الأصلى قد التزم بشىء نحو المحال عليه فى نظير التزام المحال عليه نحوه ولم يقم بالتزامه ، لم يكن له أن يطالب المحال عليه أن يقوم هو بالتزامه .

٤ – والاتفاق على النحو الذى فصلناه هوعلى كل حال قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه باتفاق آخر بين الطرفين ، وذلك الى أن يصدر اقرار الدائن للحوالة .

ونعالج هذه المسائل متعاقبة .

٣٤٣ – الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الاصلى :
قدمنا أن المفروض فى الحالة التى نحن بصددها أن الحوالة انعقدت باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه . فقبل أن يصدر الدائن اقراره ، يكون هذا الاتفاق ملزما للمحال عليه نحو المدين الاصلى . والذى يلتزم به المحال عليه هو التزام بعمل (obligation de faire) ، اذ يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصلى من الدين فى الوقت المناسب . والوقت المناسب هو عادة وقت حلول الدين المحال به . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يكون الوقت المناسب غير ذلك ، كأن يكون وقت مطالبة الدئن للمدين الاصلى بالدين . واذا لم يذكر الطرفان شيئا فى هذا الخصوص ، فالمهم

---

(١) وقدقضت محكمة النقض بأن حوالة الدين بين تاجرين تكتسب الصفة التجارية متى عقدت لشئون تتعلق بتجارتهما ويجوز اثباتها بالبينة والقرائن: نقض مدنى فى ٣١ مايو ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ – رقم ٢٣٧ ص ١٢٤٠ .

هو أن يدرأ المحال عليه عن المدين الأصلى كل مطالبة من الدائن [١] .

وقيام المحال عليه بالتزامه هذا يكون عادة بوفائه الدين المحال به للدائن . ويجوز أن يسلم المحال عليه مقدار الدين للمدين الأصلى ليقوم هذا بنفسه بالوفاء لدائنه ، فان ذلك يكفى لتخليص المدين الاصلى من مطالبة الدائن [٢] .

فاذا لم يقم المحال عليه بالتزامه هذا ، كان للمدين الاصلى أن يرجع عليه بالتعويض وفقا للقواعد العامة [٣] . فهو لا يرجع عليه بالدين المحال به ذاته ، بل يرجع عليه بتعويض من جراء اخلاله بالتزامه من درء مطالبة الدائن . ويجوز للمدين الاصلى أن يتفق مع المحال عليه أن يقدم له تأمينات خاصة ، كرهن أو كفيل ، لضمان الوفاء بهذا الالتزام ، أما التأمينات التى تكفل الدين المحال به فهى لا تكفل رجوع المدين الاصلى بالتعويض على المحال عليه [٤] .

---

(١) أنظر ما دار فى لجنة المراجعة هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٥ — وانظر تاريخ نص المادة ٣١٧ مدنى آنفا فقرة ٣٤٢ فى الهامش) .

(٢) وليس من الضرورى ان يخلص المحال عليه ذمة المدين الاصلى من الدين نحو الدائن فورا عقب الاتفاق . كما أنه لا يكفى أن يرد المحال عليه الى المدين الاصلى ما دفعه للدائن عقب مطالبة هذا اياه ، فان المدين الاصلى باتفاقه على الحوالة مع المحال عليه أراد أن يدرا عن نفسه هذه المطالبة . بل الواجب أن يقوم المحال عليه بوفاء الدين عندما يطالب الدائن به المدين الاصلى ، أو أن يسلم المدين الأصلى مقدار الدين ليدفعه للدائن فيدرا مطالبته (أنظر فى هذا المعنى مقال الاستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة ٣ ص ١٥٠) .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولا يستتبع التزام المحال عليه بقضاء حق الدائن عند الاستحقاق تخويل المدين حق مطالبة المحال عليه بأن يعمل على ابراء ذمته قبل الدائن فور الوقت . بل كل ما هناك أن هذا الالتزام يخول للمدين ، اذا طالبه الدائن قضائيا ، حق الرجوع على المحال عليه باعتبار انه قد تعهد بالوفاء عنه ليجنبه هذه المطالبة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠) .

(٣) الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٧٠) .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « واذا تخلف المحال عليه عن الوفاء بالتزامه ، فللمدين الاصلى =

وهذا الالتزام فى ذمة المحال عليه نحو المدين الاصلى يبقى قائما حتى لو رفض الدائن اقرار الحوالة ، فان عدم اقرار الدائن للحوالة لا يستتبع سقوط الاتفاق على حوالة الدين بين المدين الاصلى والمحال عليه ، بل يبقى المحال عليه ملتزما نحو المدين الأصلى، بعد رفض الدائن اقرار الحوالة ، بأن يخلصه من مطالبة الدائن ، وله، فى الوفاء بالتزامه هذا، اما أن يفى بالدين فعلا للدائن ــ وليس للدائن أن يرفض قبول الوفاء فهو مجبر على قبوله ولو من أجنبى ــ واما أن يعطى للمدين الاصلى مقدار الدين لدفعه للدائن (١) .

هذا هو الاثر الذى يترتب على الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلى على حوالة الدين ، من حيث الزام المحال عليه نحو المدين الآصلى

= متى طولب بالدين أن يرجع عليه بالتعويضات . وينص تقنين الالتزامات السويسرى (م ٣/١٧٥) على أن للمدين المحيل أن يطلب الى المحال عليه تقديم تامينات خاصة لضمان الوفاء بالتزامه . وبديهى أن للمتعاقدين أن يشترطا ذلك فى عقد الحوالة دون حاجة الى نص فى القانون (مجموعة الاعمال التحضيرية ص ١٥٠) .

(١) وقد ورد فى التعليقات على التقنين المدنى الألمانى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويجب أن يلاحظ أخيرا أن رفض الدائن اقرار الحوالة ، اذا لم يوجد اتفاق مخالف ، يبطل العقد العينى الذى ينقل الدين ، ولكنه يبقى قائما العقد المنشىء لالتزامات شخصية الذى تنطوى عليه الحوالة ، ومن ثم تبقى التزامات المحال عليه نحو المحيل » (التعليقات على التقنين المدنى الالمانى جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كانت حوالة الدين ــ التى أنعقدت بين المطعون عليه الاول وهو المدين الاصلى وبين مورث الطاعنين ــ غير نافذة فى حق الدائن المطعون عليه الثانى لعدم اعلانه بها وقبوله لها الا انها صحيحة ونافذة بين طرفيها ، ومن مقتضاها طبقا للمادة ٣١٧ من القانون المدنى التزام المحال عليه بالوفاء بالدين فى الوقت المناسب ، وهو عاده وقت حلول الدين ، وقد يتفق الطرفان على تحديد ميعاد آخر للوفاء ، فاذا خلت الحوالة من النص على شىء فى هذا الخصوص ، فانه يكون على المحال عليه أن يدرأ عن المدين الاصلى كل مطالبة من الدائن ــ سواء بوفائه الدين المحال به للدائن ، أو بتسليمه للمدين الاصلى ليقوم بنفسه بالوفاء به لدائنه ولازم ذلك ومقتضاه انه طالما كان الدين قائما قبل المدين الاصلى ، فان التزام المحال عليه يظل قائما كذلك ولا يسقط بالتقادم : نقض مدنى فى ٢٠ يناير ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٤ ص ٨٨ .

وغنى عن البيان أن الطرفين يستطيعان فى عقد الحوالة الاتفاق على غير ذلك ، اذ أن لهما الحرية الكاملة فى تحديد العلاقة التى تقوم بينهما بموجب هذا العقد . فلهما مثلا أن يتفقا على أنه اذا لم يقر الدائن الحوالة ، فان الاتفاق الذى كان قائما بينهما يسقط تبعا لذلك ، ولا يعود المحال عليه ملزما الا نحو الدائن ولا نحو المدين الاصلى نفسه بأداء الدين المحال به ولا بتخليص المدين الاصلى من مطالبة الدائن . ولهما كذلك أن يتفقا على أن عقد الحوالة لا ينتج أثره منذ البداية الا اذا أقره الدائن ، بحيث لا يرتب هذا العقد فى ذمة المحال عليه ، قبل اقرار الدائن له ، أى التزام نحو المدين الاصلى ، فاذا ما صدر اقرار الدائن أصبح المحال عليه ، ليس ملزما فحسب بتخليص المدين الاصلى من مطالبة الدائن ، بل ملزما أيضا نحو الدائن مباشرة بوفاء الدين له (١) . ونفرض فيما قدمناه أن الاتفاق المخالف قد ورد فى عقد الحوالة ذاته . وسنرى فيما يلى أن للطرفين فوق ذلك ، بعد ابرام عقد الحوالة وفى اتفاق مستقل ، أن يعدلا فى هذا العقد أو أن يعدلا عنه .

٣٤٤ - الفرق بين الاتفاق على الحوالة والاشتراط لمصلحة الغير : وقد يقال ، بعد تحليلنا للاتفاق الذى يتم على الحوالة بين المدين الاصلى والمحال عليه على النحو الذى قدمناه ، أن هذا الاتفاق فيه اشتراط لمصلحة الغير ، فقد اشترط المدين الاصلى على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يفى

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « من المسلم أن للمتعاقدين كامل الخيار فى تحديد ما يترتب بينهما من الآثار بمقتضى تعاقد صريح . فهما ان يشترطا اعتبار الحوالة غير قائمة الى أن يتم اقرارها ، كما ان لهما ان يشترطا اقتصار الحوالة على انشاء مجرد التزام على عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن . ويختلف الحكم باختلاف التشريعات عند سكوت المتعاقدين عن اشتراط أمر معين . فالتقنين اللبنانى (م ٣/٢٨٧) والتقنين الصينى (م ٣٠٢) يفترضان أن نية المحيل والمحال عليه تنصرف ، فى هذه الحالة ، الى عدم ترتيب أى أثر لتعاقدهما اذا لم يقره الدائن . اما المشروع (م ١/٤٤٨) ، فقد اقتفى ، على نقيض ذلك ، اثر التقنين الالمانى (م ٣/٤١٥) . واختار الحكم الوارد فى النص طبقا لمبدأ أعمال ذلك ، التصرفات القانونية ما وجد سبيل الى ذلك » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٩) .

له بالدين المحال به ، ومن ثم يتولد من هذا الاتفاق حق مباشر للدائن يصبح باقراره غير قابل للنقض، وذلك وفقا للقواعد المعروفة فى الاشتراط لمصلحة الغير .

ولكن هذا التأصيل لا يتفق مع التأصيل الصحيح للاتفاق على الحوالة ما بين المدين الاصلى والمحال عليه ، وذلك من وجهين :

(الوجه الاول) ليس الغرض من هذا الاتفاق أن يشترط المدين الاصلى على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يفى له بالدين المحال به . بل الغرض أن يشترط المدين الاصلى لمصلحة نفسه هو ، لا لمصلحة الدائن ، أن يخلصه المحال عليه من للدين الذى فى ذمته للدائن بأن يدرأ عنه أية مطالبة من هذا الدائن .

(الوجه الثانى) وعندما يقر الدائن هذا الاتفاق الذى تم بين المدين الاصلى والمحال عليه ، فليس يفعل ذلك كما يفعل المنتفع فى اقـــراره الاشتراط لمصلحته ليصبح نافذا فى حقه . ذلك أن الاتفاق ما بين المدين الاصلى والمحال عليه ليس اشتراطاً لمصلحة الغير كما قدمنا ، بل هو أبعد مدى من ذلك . هو اتفاق ينقل الدين المحال به فعلا من ذمة المدين الاصلى الى ذمة المحال عليه فى العلاقة فيما بينهما ، فهو اتفاق ناقل للدين منذ البداية . فاذا أقره الدائن ، أصبح انتقال الدين ساريا فى حقه هو أيضا ، وأصبح المحال عليه ، ليس فحسب فى علاقته بالمدين الاصلى بل أيضـــا فى علاقته بالدائن ، هو الملتزم وحده بالدين .

وهذا التصوير هو تصوير التقنين المدنى الالمانى ، نقله عنه التقنين المدنى المصرى الجديد [١] .

---

(١) وقد أوردت التعليقات على التقنين المدنى الألمانى التصويرات الفنية لحوالة الدين فى المراحل المختلفة التى مر عليها المشروعان الاول والثانى للتقنين الالمانى . ففى المشروع الاول صورت حوالة التصوير الفنى الذى قال به وندشايد (Windcheid) (انظر آنفا فقرة ٣٠٨ فى الهامش) على النحو الآتى : كما أن الدائن فى حوالة الحق يتصرف فى الحق باحالته الى غيره ، كذلك المحال عليه فى حوالة الدين يتصرف فى الدين باحالته الى ذمته . ولكن الدائن فى حوالة الحق يتصرف فى حق مملوك له ، اما المحال عليه فى حوالة الدين =

٣٤٥ ــ الاتفاق على الحوالة كــل لا يقبل التجزئة ــ عدم الوفاء بالتزام يستتبع عدم الوفاء بالالتزام المقابل : وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣١٧ مدنى تنص على ما يأتى : « على أنه لا يجوز للمدين الاصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، مادام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » . فالاتفاق على الحوالة بين المدين الاصلى والمحال عليه قد يكون اتفاقا ملزما للجانبين . مثل ذلك أن

= فيتصرف فى دين مملوك لغيره وهو الدائن . ومن ثم وجب ان يقر الدائن هذا التصرف ، حتى يكون نافذا فى حقه . على ان الاتفاق الذى تم بين المحــال عليه والمدين الاصلى ، وهو تصرف ناقل للدين ، ينطوى فى الوقت ذاته على عقد منشىء لالتزامات شخصية ، منها التزام فى ذمة المحال عليه أن يحصل على اقرار الدائن للتصرف . وقد هوجم هذا التصوير امام اللجنة الثانية للمشروع ، ووجه بتصوير آخر ، هو أن المحـــال عليه والمدين الاصــلى باتفاقهما على الحوالة قد صدر منهما ايجاب مشترك موجه الى الدائن . والاتفاق على الحوالة ، فى هذا التصوير الآخر ، ليس الا عقدا منشئا لالتزامات شخصية وليس بعقد ناقل للدين ، كما انه لا يرتب فى ذمة المحال عليه التزاما بالحصول على اقرار الدائن للحوالة . وما دام المحال عليه انما يعرض على الدائن ايجابا يشترك فيه مع المدين الأصلى ، فانه يجوز له العدول عن هذا الايجاب قبل صدور الاقرار من الدائن . وحتى اذا صدر الاقرار فان الدين ينتقل من وقت صدوره ، ولا يستند بأثر رجعى الى وقت الاتفاق على الحوالة الذى تم بين المحال عليه والمدين الاصلى . وقد رفضت اللجنة الثانية هذا التصوير الآخر باغلبية كبيرة ، اذ هو لا يستجيب الى مقتضيات التعامل فى أمــــرين جوهريين : فهو يجيز للمحال عليه أن يرجع فى الحوالة بعد اتفاقه عليهـــا مع المدين الاصلى ، وهو يؤخر انتقال الدين الى وقت اقرار الدائن للحوالة . فأدخلت تعديلات على هذا التصوير الثانى انتهت به الى تصــــوير ثالث ، يكون فيه الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الاصلى اتفاقا منشـــئا لالتزامات شخصية كما هو الامر فى التصوير الثانى ، وليس بعقد ناقــــل للدين على خلاف التصوير الاول ، ولكن الايجاب المشترك المعروض على الدائن مستخلصا من هذا الاتفاق هو ايجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . وبذلك زال أحد الاعتراضين الجوهريين الموجهين الى التصوير الثانى ، واصبح لايجوز للمحال عليه أن يرجع فى الحوالة بعد اتفاقه عليها مع الدين . ففى التصويرين بقى الاعتراض الثانى ، وهو الوقت الذى ينتقل فيه الدين . ففى التصويرين الثانى والثالث ، ما دام الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصلى هو مجرد ايجاب مشترك معروض على الدائن ، فان انتقال الدين لا يتم الا من وقت اقرار الدائن ، ولا يستند بأثر رجعى الى وقت الاتفاق . من أجل ذلك رجعت اللجنة الى التصوير الاول بعد أن اعادت النظر فيه . ففى هذا التصوير =

يبيع المدين الاصلى للمحال عليه دارا ، وفى مقابل ثمنها يتحمل المحال عليه بدين فى ذمة البائع . فى مثل هذه الحالة يكون التزام المحال عليه بتحمل الدين هو فى مقابل الدار التى اشتراها ، فاذا لم يقم البائع بتسليم الدار الى المحال عليه أو بنقل ملكيتها اليه وفقا للقواعد المقررة ، لم يكن له أن يطالب المحال عليه بوفاء الدين المحال به للدائن ، مادام هو ــ البائع ــ لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه (١) .

ويلاحظ أن ما قدمناه لا يسرى فحسب فى علاقة المحال عليه بالمدين الاصلى ، بل هو يسرى أيضا فى علاقة المحال عليه بالدائن فيما اذا أقر الدائن للحوالة . فقد رأينا أنه يجوز للمحال عليه أن يحتج على الدائن بالدفوع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الاصلى ، اذا كان الدائن

= الاول يعتبر على الحوالة بين المحال عليه والمدين الاصلى تصرفا فى الدين صادرا من المحال عليه ، فرأت اللجنة أن هذا التصرف ليس صادرا من المحال عليه فحسب ، بل هو صادر ايضا من المدين الاصلى ، ومن ثم لا محل لقيام التزام فى ذمة المحال عليه نحو المدين الاصلى للحصول على اقرار الدائن للحوالة ، وقد كان قيام هذا الالتزام هو الاعتراض الجوهرى على التصوير الاول . ومنذ عدل التصوير الاول على هذا الوجه قبلته اللجنة نهائيا كتصوير فنى لحوالة الدين على الاساس الآتى : يعد الاتفاق على الحوالة الذى تم بين المحال عليه والمدين الاصلى مشتملا على عقدين . ١ ــ عقد منشىء لالتزامات شخصية ، فالمحال عليه قد التزم نحو المدين الاصلى ان يخلص ذمته من الدين المحال به دون أن يلتزم بالحصول على اقرار الدائن للحوالة ودون أن يلتزم بتخليص ذمة المدين الاصلى قبل حلول الدين المحال به ، ٢ ــ وعقد ناقل للدين ، وهو عقد مجرد (contrat abstraite) قد نقل الدين من ذمة المدين الاصلى الى ذمة المحال عليه فى حدود العلاقة فيما بينهما ، دون اعتداد بسبب هذا العقد اذ هو عقد مجرد كما سبق القول . فاذا ما اقر الدائن هذا العقد ، أصبح انتقال الدين نافذا فى حقه لا من وقت الاقرار فحسب ، بل مستندا بأثر رجعى الى وقت قيام العقد ، أى وقت الاتفاق بين المحال عليه والمدين الاصلى . واذا لم يقر الدائن العقد الناقل للدين ، بطل هذا العقد وحده ، وبقى العقد الاول المنشىء لالتزامات شخصية قائما بين المحال عليه والمدين الأصلى (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٢ ــ ص ٦٠٨) .

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ .

عالما بهذه العلاقة وبما يترتب عليها من الدفوع ، وفقا للقواعد العامة فى نظرية السبب (١) . ففى المثل المتقدم اذا طالب الدائن المحال عليه بالدين المحال به بعد اقراره للحوالة ، وكان يعلم أن المحال عليه انما التزم بالحوالة فى مقابل الدار التى اشتراها من المدين الاصلى ، جاز للمحال عليه أن يمتنع عن الوفاء مادام المدين الاصلى لم يسلم له الدار التى باعها اياه والتى كان ثمنها هو السبب فى الحوالة .

٣٤٦ – الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل فيه وللعدول عنه باتفاق آخر : هذا واذا كان الاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه ملزما للمحال عليه على النحو الذى قدمناه ، فانه من جهة أخرى قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه . ولكن ذلك لا يكون بارادة المحال عليه وحدها ، لأنه قد التزم نهائيا بموجب الاتفاق فلا يستطيع أن يتنصل من التزامه . وانما يجوز ، باتفاق جديد بينه وبين المدين الأصلى ، أن يعدل فى الاتفاق الأول أو أن يلغيه أصلا فتزول الحوالة (٢) .

وكل هذا جائز الى أن يقر الدائن الحوالة . فاذا ما أقرها تعلق حقه بها ، ولم يعد يجوز ، حتى باتفاق كل من المدين الأصلى والمحال عليه ، تعديل الاتفاق أو العدول عنه . بل يصبح انتقال الدين المحال به من ذمة المدين الأصلى الى ذمة المحال عليه بالنسبة الى الدائن انتقالا نهائيا ، ويستند بأثر رجعى الى وقت الاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه . وللدائن مطالبة المحال عليه بالدين المحال به ، بل ليس له أن يطالب به غيره اذ قد برئت ذمة المدين الأصلى منه بموجب الحوالة ، وذلك حتى لو اتفق المدين الأصلى والمحال عليه بعد اقرار الدائن للحوالة على الغائها (٣) .

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٣٣٧ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ .

(٣) انظر التعليقات على التقنين المدنى الالمانى جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٧ .

المبحث الثـانى

الحوالة نافذة فى حق الدائن

٣٤٧ ــ الحالتان اللتان التى تكون الحوالة فيهما نافذة فى حـق الدائن : قدمنا أن هناك حالتين تكون الحوالة فيهما نافذة فى حق الدائن : (أولاهما) حالة ما اذا تمت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقـــرها الدائن • و (الحالـــة الثانية) حالـــة ما اذا تمت الحوالة رأسا باتفاق بين الدائن والمحال عيه دون تدخـل من المـدين الأصلى ، ففى هذه الحالة تنعقد الحوالة نافذة فورا فى حق الدائن ، كما قدمنا ، اذ هو نفسه كان طرفا فيها •

٣٤٨ ــ يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الاصلى التزاما بقيمـة الحوالة : ومنذ أصبحت الحوالة نافذة فى حق الدائن ، فان المحال عليه يكون ملتزما نحوه بالدين المحال به ، وتبرأ ذمة المدين الأصلى من هــذا الدين • ويترتب على ذلك أن المدين الأصلى يكون قد أفاد من الحــوالة بمقدار الدين المحال به ، وقد حصل على هــذه الفائدة منذ برئت ذمته من الدين ، أى منذ أصبحت الحوالة نافذة فى حق الدائن فالتزم المحال عليه بالدين نحوه • فكأن المحال عليه قد أدى للمدين الأصــلى التزاما بقيمة الدين المحال به ، وأداه منذ أن أصبحت الحوالة نافذة فى حــق الدائن ، أى منذ أن أصبح هو ملزما نحو الدائن بالدين المحال به ، دون حاجة الى أن يفى فعلا بهذا الدين (١) •

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١ ــ وقارن مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٤ •

وهذا بخلاف التقنين المدنى العراقى فى الحوالة المطلقة ، فقد ورد فى شأن هذه الحوالة المطلقة ، فقد ورد شأن هذه الحوالة نصان فى هـــذا التقنين ، هما المادتان ٣٥٩ و ٣٦٠ • فتنص المادة ٣٥٩ على أنه « اذا احال المحيل حوالة مطلقة ، فان لم يكن عند المحال عليه دين أو عين مودعة أو مغصوبة فله أن يطالب المحال عليه بعد الحوالة الى أن يؤدى المحال عليه =

وقد يكون المحال عليه ، فى تأديته للمدين الأصلى التزاما بقيمة الدين المحال به ، قد قصد أن يؤدى هذه القيمة على سبيل القرض ، ففى هذه الحالة يرجع على المدين الأصلى بما أقرضه اياه طبقا لشروط القرض الذى تم بينهما . وقد يكون قاصدا أن يفى المدين الأصلى بدين ترتب فى ذمته قبلة (١) كثمن لم يتم أداؤه ، ففى هذه الحالة تبرأ ذمة المحال عليه من الثمن بمجرد قيام الدين المحال به فى ذمته للدائن وقبل الوفاء بهذا الدين . وقد يكون قاصدا أن يتبرع للمدين الأصلى بقيمة الدين الذى تحمل عنه به ، ففى هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة تبرع تطبق فى خصوصها القواعد العامة فى التبرع . والأمر بعد

= الدين للمحال له فان أداه سقط ما عليه قصاصا بقدر ما أدى » . وواضح من ذلك أن التقنين المدنى العراقى يفرض فى الحوالة المطلقة أنه مادام المدين الاصلى لم يقيد الحوالة بالدين أو العين ، فقد احتفظ لنفسه بالحق فى المطالبة بهما حتى بعد الحوالة ، الى أن يؤدى المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فعندئذ تقع المقاصة بين ما على المدين الاصلى للمحال عليه وما له عنده . ولو أراد هذان أن ينقطع بعد الحوالة حق المحال عليه فى مطالبة المدين الاصلى بالدين أو بالعين ، فأمامهما الحوالة المقيدة وقد وردت فيها نصوص كثيرة فى التقنين المدنى العراقى ، فما عليهما الا أن يقيدا الحوالة بما للمدين الاصلى فى ذمة المحال عليه . وتنظيم الحوالة المقيدة الى جانب الحوالة المطلقة فى التقنين المدنى العراقى هو الذى يبرر الحكم المتقدم . على أنه ليس هناك اطلاقا ما يمنع المشرع - من ناحية السياسة التشريعية التى يختطها - من أن يرجىء رجوع المحال عليه على المدين الاصلى الى وقت وفاء المحال عليه بالدين للدائن ، فيفترض أن نية الطرفين قد انصرفت الى هذا الحكم ما لم يوجد اتفاق مخالف (انظر فى هذا المعنى مقال الاستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٤ - وقارن الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٤٠ ص ٢٢٢ ، وهو ينعى هنا أيضا ، دون مبرر ، على المادتين ٣٥٩ و ٣٦٠ من التقنين المدنى العراقى التعقيد والغموض !) .

ويلاحظ أخيرا أن المحال عليه يرجع على المدين الاصلى ، فى التقنين العراقى ، بالدين المحال به لا بما أدى ، أى يرجع بدعوى الحلول ، والحلول هنا قانونى الا اذا كان متفقا عليه قبل وفاء الدين المحال به .

(١) وهذا هو ما يعرف بالحوالة المقيدة فى الفقه الاسلامى وسيأتى ذكرها . وللتمييز بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة فى الفقه الاسلامى أهمية بالغة سبقت الاشارة اليها (انظر آنفا فقرة ٢٤٠) .

متعلق بنية الطرفين . فقد تنصرف الى خلاف ما قدمناه ، وقد يشـــترط المحال عليه الرجوع على المدين الأصلى بما التزم به نحو الدائن ، ولو قبل الوفاء للدائن ، بل ولو كان فى ذمته للمدين الأصـــلى دين يصـــلح للمقاصـــة (١) .

فرجوع المحال عليه على المدين الأصلى . بعد أن يلتزم بالـــدين المحال به نحو الدائن . يتوقف على العلاقة التى قامت بينه وبين المدين الأصلى . وهذه العلاقة هى التى تحدد متى يكون هناك رجوع ، وكيف يكون .

٣٤٩ ــ **الحـــوالة المقيدة** ونفرض ان المحـــــال عليه كان فى ذمته دين للمدين الأصلى ، وأن الحوالة حين تمت بينهما تمت على أســـاس أن يؤدى المحال عليه الدين المحال به من الدين فى ذمته للمدين الأصلى . وهذا ما يعرف فى الفقه الاسلامى بالحوالة المقيدة ، فهى حوالة قيـــدت بوفاء الدين المحال به من الدين الذى فى ذمة المدين الأصلى .

وحكم الفقه الحنفى فى هذه الحوالة المقيدة أن الدين الذى فى ذمة

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـــــدد : « يقصد المحال عليه من تحمل الدين الى النتيجة التى كان يصل اليها لو انه التزم قبل المدين بأداء تكليف معادل لقيمة هـــذا الدين . فلو فرض أن المحال عليه تحمل عن المدين دينا مقداره ١٠٠ جنيه ، فهو يقصـــد من ذلك اما الى افراض المدين مثل هـــذا المبلغ ، واما الى التبرع له به ، واما الى الوفاء له بدين ترتب فى ذمته من قبل كباقى ثمن لم يتم أداؤه . ويراعى أن نية المحال عليه تنصرف . فى هذه الحالة الاخيرة . الى الوفاء بباقى الثمن من طريق تحمـــل الدين عن المحيل ، وبهذا تبرأ ذمته على الفور من المطالبة بمقتضى عقد البيع .. بيد أن ارادة المتعاقدين قد تنصرف الى خلاف ذلك ، فالامر لا يعدو والحال هذه مجرد التنويه بقاعدة مفســـــرة أو متممة ، للافراد مطلق الخيار فى الخروج عليها » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ ــ ص ١٥١) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصـــا هو المادة ٤٥٢ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجـــه الاتى : « اذا أقر الدائن حوالة الدين ، اعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الاصلى التزاما بقيمتها » . فحذفت هـــذه المادة فى لجنة المراجعة « لان حكمها مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٦ فى الهامش) .

المحال عليه للمدين الأصلي يكون مخصصا لأداء الدين المحـــال بـــه • وينقطع حق المدين الاصلي في مطالبه المحال عليه بهذا الدين ، ويكــون هذا الدين بمنزله الرهن عنـــد الدائن ، وان لم يكن رهنـــا لسببين : ١ — اذا افلس المدين الاصلي قبل ان يؤدى المحال عليه الدين المحال للدائن ، فليس الدائن احق من سائر الغرماء بالدين الذى تقيـــدت به الحواله • ٢ — ولو توى هذا الدين عند المحال عليه ، لا يســـقط الدين المحال به في مقابله هلاك الرهن ، خلافا لقواعد الرهن المقرره في الفقه الاسلامي (١) • ويستخلص من ذلك أن ملكيه الدين الذى تقيـــدت به الحوالة لم تنتقل الى الدائن ، بل ان هذا الدين ليس رهنا عنـــده (٢) •

وهذه الاحـــكام المقرره في الفقه الحنفي تخالف القـــواعد العامة عندنا ، فان المدين الاصلي اذا قيد الحواله بدين له في ذمه المحال عليه ، فالمفروض انه قد انصرفت نيته في ذلك الى جعل المحال عليه يفي بالدين المحال به من الدين الذى تقيدت به الحواله • فبمجرد ان تصبح الحواله نافذة في حق الدائن ، ويصبح المحال عليه ملتزما نحوه بالدين المحـــال به ، فان المحال عليه يكون قد أدى للمدين الأصلي التزاما بقيمة هـــذا الدين ، أى يكون قد أدى الدين الذى تقيدت به الحوالة • فتبرأ ذمته نحـــو المدين الأصلي ، كما تبرأ ذمة المدين الأصـــلى من الـــدين المحال به نحو الدائن • ولو أعسر المدين الأصلى قبل أداء المحال عليـــه الدين المحال به للدائن ، فليس لدائنى المدين الأصلى أن يشـــــاركوا الدائن في الدين الذى تقيدت به الحوالة • ونظيرا ذلك مقابل الوفـــاء (provision) في الكمبيـــالة ، فان قواعد القانون التجـــارى تقضى بجعل مقابل الوفاء هذا بمثابة الدين الذى تقيدت به الكمبيالة والكمبيالة

(١) وقد سبق بحث هذه المسالة تفصيلا في الفقه الاسلامى انظر آنفـــا فقرة ٢٤٠ •

(٢) ولكن لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة — كما اذا كان الدين ثمن مبيع فاســـتحق المبيع او كان وديعة فهلكت — فان الحوالة تبطل ، لان الدين الذى قيدت به يعتبر سببا لها ، وقد انعدم فانعدمت •

نفسها بمثابة حوالة • ويعتبر صاحب الكمبيالة هــو المــدين الأصلى ، والمسحوب عليه هو المحال عليه ، وحامل الكمبيالة هو الدائن • ونصوص التقنين التجارى صريحة فى أن مقابل الوفاء يكون ملكا لحامل الكمبيالة ، فقد نصت المادة ١١٤ من هذا التقنين على ان « مقابل الموجود تحت يد المسحوب عليه ، سواء وجد عنده فى وقت انتقال ملكيتها لشخص آخر أو بعد ذلك ، يكون ملكا لحاملها ، ولو لم يحصل تعيينه لدفع قيمـــه تلك الكمبيالة أو لم يحصل القبول من المسحوب عليه » • فيكفـــى اذن أن يكون لـــصاحب الكمبيالة (المدين الأصلى) دين فى ذمة المسحوب عليه (المحال عليه) ليتعلق حق حامل الكمبيالة (الدائن) بهـــذا الــدين ، ويترتب على ذلك أن افلاس الساحب قبل حلول ميعـــاد اســتحقاق الكمبيالة لا يؤثر فى حق حـــامل الكمبيالة ، فيكون لهـــذا وحـــده دون ســـائر دائنى الساحب الاستيلاء على مقابل الوفاء [١] • وقد نصت المادة ١١٥ من التقنين التجارى على هذا الحـــكم صراحـــة اذ تقول : اذا أفلس الساحب ولو قبل حلول ميعاد دفع قيمة الكمبيالة ، يكـــــون

---

(١) الاستاذ محمد صالح فى شرح القانون التجارى جزء ٢ فقرة ٣٢ ــ اما فى التقنين التجارى المختلط ، فقد كان حامل الكمبيالة لا يتملك مقابل الوفاء الا فى حالتين : حالة تخصيص المقابل (وهذا التخصيص هو الذى يضـــاهى فى الفقه الاسلامى تقييد الحوالة) وحالة قبول المســـــحوب عليه للكمبيالة • وكانت المادة ١٢٠ من التقنين المدنى المختلط تجرى فى هذا المعنى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يكون مقابل الوفاء ملكا لحامل الكمبيالة فى يوم استحقاق دفع قيمتها اذا كان عين خصيصا لوفائها ، وكان المسحوب عليه قد قبل مع علمه هذا التعيين أو أخبر به قبل افلاس الساحب سواء كان باخبار الساحب أو بعمل بروتستو عدم القبول او عدم الدفع ولو كان عمله بعد الميعاد . اما اذا لم يحصل التعيين المذكور فيدخل مقابل الوفاء فى روكية غرماء الساحب اذا كان القبول لم يحصل قبل علم القابل بالافلاس » • ومن هذا يتبين أن مقابل الوفاء يكون مملوكا لحامل الكمبيالة فى التقنين التجارى الوطنى ، سواء كانت الحوالة مقيدة أو مطلقة • وكذلك كان الحكم فى التقنين التجارى المختلط ، فان مقابل للوفاء فى هذا التقنين كان يعتبر مملوكا لحامل الكمبيالة فى حـــــالة التخصيص وهذه هى الحوالة المقيدة ، وفى حالة قبول الكمبيالة من المسحوب عليه وهذا هو شأن كل حوالة ، مقيدة كانت او مطلقة . فان قبول المحال عليه ضرورى لانعقاد الحوالة فى جميع الاحوال •

لحاملها دون غيره من مدايني الساحب المذكور الحق في الاستيلاء على مقابل الوفاء المعطى للمسحوب عليه بالطرق المقررة » .

وعلى هذا الوجه حورت أحكام الفقه الحنفي في الحوالة المقيدة في التقنين المدني العراقي ، حتى تتفق هذه الأحكام مع القواعد العامة المقررة في كل من التقنين المصري والعراقي . فنصت المادة ٣٦١ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي :

« ١ ـ اذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه أو عين مودعة أو مغصوبة ، فلا يملك المحيل بعد الحوالة مطالبة المحال عليه ، ولا المحال عليه الدفع للمحيل ، فلو دفع له ضمن للمحال له ويكون له الرجوع على المحيل » .

« ٢ ـ ولو أعسر المحيل قبل أداء المحال عليه الدين ، فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا المحال له » .

ويلاحظ أن الأحكام المتقدمة التي نص عليها التقنين المدني العراقي انما هي نتيجة مستخلصة من تطبيق القواعد العامة ، فتسري دون نص ، فيما يتعلق بالحوالة المقيدة على الوجه الذي حددناه ، في البلاد العربية الأخرى : مصر وسورية وليبيا ولبنان (١) .

٣٥٠ ـ حالة ابطال الحوالة : والأحكام التي قدمناها في تحديد العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه انما تسري اذا بقيت الحوالة قائمة ، فانها مبنية على التزام المحال عليه بموجب الحوالة بأداء الدين المحال به نحو الدائن .

فاذا عرض للحوالة ما يبطلها ـ سواء كانت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقرها الدائن أو كانت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ـ فان التزام المحال عليه بالدين المحال به نحو الدائن يزول بزوال الحوالة ، ويعود الدين الى ذمة المدين الأصلي بجميع توابعه ، دون

---

(١) قارن الاستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٤١ .

اخلال بحقوق الغير (١) • ويقتضى الدائن من المحـال عليه أو من المدين الأصلى تعويضا فى مقابل ما لحقه من الضرر ، اما بسبب فقد تأمينـات سبق ترتيبها واما لأى سبب آخر ، ما لم يثبت المحال عليه أو المـدين الأصلى أنه لابد له فى ابطـال الحـوالة (م ١٨٠ من تقنين الالتزامات السويسرى) • ومتى أبطلت الحوالة ، وعاد الدين المحال به الى ذمـة المدين الأصلى كما قدمنا ، لم يعد للمحـال عليه رجـوع على المـدين الأصلى ، فقد كان حقه فى الرجوع قائما على أساس التزامه بالـدين المحال به نحو الدائن ، وقد زال هذا الالتزم بابطال الحـوالة ، فزال تبعا لذلك حقه فى الرجوع (٢) •

---

(١) وذلك ككفيل عينى لم يرض بالحوالة ، فزال الرهن المترتب على ما له ، ثم عاد الرهن بابطال الحوالة ، وكان هذا الكفيل قد رتب للغير حقا على المال المرهون فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة وابطالها •

(٢) وتقول المذكرة الايضـــــاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « وتطبق القواعد العامة عند ابطال الحوالة ، فيراعى أولا أن الدين القديم يعود سيرته الاولى بجميع توابعه ، دون اخلال بحقوق الغير ، ويراعى من ناحية اخرى أن الدائن يكون له أن يقتضى من المحال عليه تعويضا فى مقابل ما لحقه من الضرر ، اما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها واما بأى سبب اخر ، ما لم يثبت المحال عليه أن بطلان الحوالة والضرر الحادث يرجعان الى سبب لا يد له فيه : انظر المادة ١٨٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٢/٤٥٣ من المشروع • ويلاحظ اخيرا أنه لا يجوز للمدين الاصيل فى الشريعة الاسلامية أن يطالب المحال عليه بما له قبله الا فى حدود ما يربو على الدين المحال به » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١) •

فهرس

لمشتملات المجلد الأول

القسم الأول

أوصاف الالتزام

صفحة

الباب الأول

الشرط والأجل

الفصل الأول

الشرط

صفحة

صفحة

الفصل الثانى

الأجل

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثانى

تعدد محل الالتزام

الفصل الأول

الالتزام التخييرى

صفحة

الفصل الثانى

الالتزام البدلى

صفحة

الباب الثالث

تعدد طرق الالتزام

الفصل الأول

الالتزام متعدد الأطراف

الفصل الثانى

الالتزام التضامنى

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام

صفحة

القسم الثانى

انتقال الالتزام

تمهيـــد

صفحة

الباب الأول

حوالة الحق

الفصل الأول

أركان حوالة الحق

صفحة

صفحة

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على حوالة الحق

صفحة

صفحة

الباب الثانى

حوالة الدين

صفحة

الفصل الأول

اركان حوالة الدين

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على حوالة الدين

صفحة

رقم الايداع بدار الكتب

١٩٨٣/٤٩٦٧

طبـع بمطـــابع
مؤسسة
روز اليوسف

